



UNIVERSIDADE DA CORUÑA

Facultad de Derecho

Trabajo de
Fin de Grado

El cartel de camiones y las restricciones a la competencia

Alumna: Noemí Eiranova Ogando

Tutora: María Pilar Álvarez
Barbeito

Grado en Administración y Dirección de Empresas
Grado en Derecho
Año 2018

Trabajo de Fin de Grado presentado en la Facultad de Derecho de la Universidade de A Coruña para la obtención del Grado de Derecho

Abreviaturas

Art.	Artículo
Arts.	Artículos
C.c.	Código Civil
CCom.	Código de Comercio
CP	Código Penal
EEE	Espacio Económico Europeo
LDC	Ley de Defensa de la Competencia
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial
P.	Página
Pp.	Páginas
S. A.	Sociedad Anónima
STJUE	Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TFUE	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TS	Tribunal Supremo

Índice:

Abreviaturas	1
El cártel de camiones y las restricciones a la competencia	3
Introducción.....	6
1. El cártel de los fabricantes de camiones.....	7
2. Limitación a la libre competencia	8
2.1. Acuerdos de los fabricantes	9
2.2. Acuerdos fabricantes – distribuidores	11
3. Reclamación de TRANSLOGIC, S.A. por conductas antitrust.....	12
3.1. Jurisdicción competente	12
3.2. Presupuestos de la acción de resarcimiento	15
3.2.1. Conducta ilícita y culpable de los infractores.....	16
3.2.2. Daño efectivo	18
3.2.3. Relación de causalidad entre ambos (la defensa <i>passing-on</i> de los infractores) ...	19
3.2.4. Posibles indemnizaciones: daño emergente, lucro cesante e intereses	20
3.3. Cauces para la posible reclamación	22
3.4. Responsabilidad conjunta y solidaria de los infractores	23
3.5. Cuantificación del daño	25
3.6. Prescripción	26
4. Irregularidades contables	27
4.1. Introducción.....	27
4.2. Apropiación indebida y la administración desleal.....	28
4.2.1. Anterior a la reforma de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo	28
4.2.2. Posterior a la reforma de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo	30
4.2.3. Conclusión.....	31
4.3. Delito de falseamiento de cuentas anuales	32
4.4. Concurso de delitos	34
4.5. Prescripción	34
5. Contrato de leasing	35
5.1. Jurisdicción competente	35
5.2. Nulidad del contrato.....	36
5.3. Consecuencias de la nulidad: devolución de los intereses.....	39
5.4. Posible defensa de SEUDBANK, S.A.	39
Conclusiones	42
BIBLIOGRAFÍA	45

El cártel de camiones y las restricciones a la competencia

Miguel F., Carlos. H. y Fernando S. son administradores de tres importantes compañías dedicadas al diseño, fabricación y venta de elementos de transporte – a saber MAN España, Daimler España y FIAT Chrysler España, respectivamente –. Sus principales productos son los camiones rígidos y las cabezas tractoras consideradas como camiones medianos o pesados. Las compañías administradas ostentan, en conjunto, una cuota cercana al 80% del mercado europeo de camiones y tienen todas ellas, domicilio social en territorio español.

Desde el año 1990, y con frecuencia de varias veces al año, los tres vicepresidentes se reúnen en el Campo de Golf de La Herrería (Madrid) con el pretexto de pasar un fin de semana de golf en uno de los mejores campos de España, pues los tres son grandes aficionados al mismo y su puesto de trabajo les exige encontrar alguna vía de escape.

Si bien esas reuniones se limitaban única y exclusivamente al ocio, allá por el año 1997 la orientación de las mismas comenzó a cambiar. Durante al menos 6 horas las puertas de la sala de reuniones del hotel donde se venían hospedando desde que empezaron a visitar La Herrería permanecían cerradas en una reunión, donde, además de los tres administradores citados, participaban otros administradores de empresas componentes de los distintos grupos empresariales.

Dichas reuniones se empezaron a celebrar con motivo de la inestabilidad y la dificultad a la hora de mantener las ventas en un mercado con tanta competencia y en el que la mayoría de los compradores eran otras empresas, cuyas decisiones de inversión eran sumamente reactivas a vaivenes en el ciclo económico.

Así, todos los administradores se reunían con un objetivo común: fijar los precios brutos de los camiones con sus diferentes configuraciones y versiones y determinar las condiciones respecto de las empresas distribuidoras.

Durante las reuniones, la dinámica era la siguiente. En cada una de las reuniones los distintos fabricantes ponían a disposición de los demás un configurador que permitía al resto conocer, de manera detallada, cuál sería el precio bruto de los distintos modelos de camión con cada una de las distintas opciones de extras. Con esa información, los diferentes fabricantes decidían, en ese mismo momento, cuál sería el incremento de esos precios para los meses siguientes.

Además, los pactos no solamente se realizaban entre grupos, sino que también existían acuerdos entre los propios fabricantes y sus empresas distribuidoras. Estas últimas, al aceptar los precios brutos fijados veían limitada su capacidad para competir con los otros distribuidores de las otras marcas. Así, como compensación por dicha restricción, los fabricantes pactan con sus distribuidores una remuneración variable anual, consistente en un porcentaje sobre el total de ventas. De esta forma, los distribuidores accedían a mantener los precios fijados por el fabricante – sin poder llevar a cabo descuentos u ofertas – obteniendo una remuneración por ello.

Por su parte, Fernando S. – director de FIAT Chrysler España – tras haber dedicado más de 20 años de su carrera profesional a la citada compañía y no haber visto suficientemente recompensado dicho esfuerzo, en el año 2014 procede a realizar la siguiente operación:

como administrador de la sociedad encargado de su contabilidad procede a dar de baja de la contabilidad de la empresa un elemento de inmovilizado material registrado en la cuenta 220 (*“Inversiones en terrenos”*) cuyo valor en contabilidad era de 4.000.000 euros. Dicho importe decide llevarlo a la cuenta 672 (*“Pérdidas procedentes de inversiones inmobiliarias”*). El balance de situación de la empresa, junto con los demás documentos que conforman la información contable fueron debidamente aprobados por la Junta General de Accionistas en tiempo y forma.

Por su parte, el terreno al cual hacía referencia dicho asiento contable – consistente en 5 hectáreas en una zona en auge para la promoción inmobiliaria – pasa a formar parte de la contabilidad de la empresa PROINMNOR, SA, dedicada a la promoción inmobiliaria de edificios de oficinas y participada a partes iguales por Fernando S. y su mujer Margarita A.

Por otro lado, TRANSLOGIC SA, empresa dedicada al transporte de mercancías en el norte de España, durante los años referidos ha adquirido camiones de más de 6 toneladas bajo una política de renovación de flota de 5 camiones cada 6 años (estando la flota total constituida por 25 camiones).

En 2015, se produce un cambio de dirección en la empresa derivado de los malos resultados obtenidos en los últimos ejercicios, que supusieron la obtención de pérdidas. Así, Cayetana D., asume el control de la compañía. Al entrar en el cargo, comienza a revisar los distintos contratos de leasing firmados con dos distribuidores, uno de Volvo y uno de IVECO, de quienes adquirirían las cabezas tractoras necesarias para desarrollar la actividad. Tras un exhaustivo análisis concluye que, entre los contratos firmados en 1997, 2003 y 2009 con ambos distribuidores no existe casi diferencia entre los precios entre ambos distribuidores para el mismo tipo de cabezas tractoras; si bien, entre los contratos firmados en 1993 y 2014 sí existe una notable diferencia.

Por otro lado, ante la complicada situación de la empresa, la nueva dirección encabezada por Cayetana decide celebrar un contrato de lease-back con SEUDBANK SA, una empresa de arrendamiento financiera inscrita como tal en el Registro de Sociedades de arrendamiento financiero del Banco de España y, en cuyo objeto social, figura la celebración de contratos de leasing.

Para ello, el 1 de septiembre de 2015, celebran dos contratos. En virtud del primero de ellos, TRANSLOGIC SA, vende a SEUDBANK SA una nave industrial situada en A Coruña, utilizada hasta dicho momento para la actividad económica que la empresa venía desarrollando. La cantidad obtenida por TRANSLOGIC por la compraventa se dedica al pago de deudas pendientes.

El segundo de ellos consiste en un arrendamiento financiero con opción de compra con una duración de 120 meses. Además, cuenta con una cláusula de vencimiento anticipado por impago de cuotas que permite a la entidad financiera exigir el importe de todos los recibos impagados vencidos y por vencer.

Durante los primeros meses, TRANSLOGIC paga en tiempo y forma las cuotas establecidas. Sin embargo, tras hacer efectivas las 15 primeras cuotas, deja de cumplir su obligación. Ante esta situación, SEUDBANK SA instó procedimiento ejecutivo sobre el que recayó sentencia el 20 de diciembre de 2017 pero no consta que en dicho pleito se hiciera efectiva la deuda.

Por su parte, pasado un tiempo y habiéndose recuperado de su mala racha, TRANSLOGIC se plantea emprender acciones legales contra SEUDBANK para declarar el contrato de arrendamiento financiero nulo por aplicación de la ley de usura ya que solo fue aceptado por lo angustioso de la situación y entre sus cláusulas se encontraba un interés de demora del 2% mensual.

CUESTIONES:

- 1) Desde el punto de vista del Derecho de la Competencia, ¿conllevarían las prácticas llevadas a cabo por los fabricantes algún tipo de limitación a la libre competencia? ¿Y los acuerdos entre fabricantes y distribuidores?
- 2) Teniendo en cuenta que la conclusión a la que llega Cayetana es cierta, ¿tendría derecho a reclamar algún tipo de indemnización?
- 3) ¿Qué vías o cauces podría utilizar Cayetana para llevar a cabo la misma?
- 4) Califique y analice los efectos jurídicos que se desprenden de la conducta llevada a cabo por Fernando S. respecto de la contabilidad de la empresa.
- 5) ¿Ante qué órgano jurisdiccional plantearía Translogic la demanda? ¿Considera que es nulo el contrato de leasing? ¿Qué podría hacer Seudbank si efectivamente Translogic lleva a cabo acciones legales?

Introducción

El supuesto práctico a partir del cual se va a desarrollar este trabajo de fin de grado será el caso del “cártel de camiones y las restricciones a la competencia”. En este supuesto son varias las cuestiones que será preciso abordar: la primera de ellas está relacionada con un tema de actualidad en la que los principales fabricantes de camiones llevan a cabo una serie de acuerdos colusorios que suponen una restricción a la libre competencia. La segunda se trata de un tema puramente contable en la que uno de los administradores de una de estas principales empresas altera los libros contables, atribuyéndose patrimonio de la mercantil a una sociedad de la cual él y su esposa son los únicos accionistas. Finalmente, la tercera de ellas obligará a poner de relieve la posibilidad de declarar nulo un contrato de arrendamiento financiero por tratarse de un presunto contrato usurero.

Para responder a estas cuestiones hemos realizado un breve índice en el que se estudia pormenorizadamente cada una de ellas. En los tres primeros apartados de este proyecto se contempla la resolución al supuesto relacionado con el cártel de camiones, poniéndolo en relación con el supuesto actual, ya que el mismo varía ligeramente del contemplado para este trabajo. Además, se explicarán las diferencias entre el supuesto planteado y el cártel real; se analizarán elementos claves como los acuerdos colusorios entre fabricantes y entre fabricantes y distribuidores; la jurisdicción competente, además de los juzgados a los que deberán acudir los perjudicados; y finalmente, la responsabilidad solidaria de los participantes en el cártel, así como la cuantificación del daño, entre otros conceptos. A continuación, en el cuarto epígrafe, nos centraremos básicamente en los delitos que pueden originar el llevar a cabo una conducta contable como la de D. Fernando S., administrador de FIAT Chrysler España. Finalmente, se abordará la presunta nulidad sobre el contrato de leasing firmado entre TRANSLOGIC, S.A. y SEUDBANK, S.A. por tratarse de un contrato usurero.

Para finalizar, se analizarán las conclusiones generales alcanzadas tras todo el estudio efectuado para la posible realización de este trabajo, de manera que con solo una lectura se puedan extraer unas ideas generales del mismo.

1. El cártel de los fabricantes de camiones

El 19 de julio de 2016 sale a la luz la existencia de un cártel formado por los principales fabricantes de camiones que lleva a cabo determinados acuerdos colusorios que vulneran la libre competencia. La conducta antitrust más destacada consistía en la coordinación en el incremento de los precios brutos de cabezas tractoras y camiones medios (cuyo peso oscila desde las 6 hasta las 16 toneladas) o pesados (con un peso superior a las 16 toneladas) en el Espacio Económico Europeo (en adelante “EEE”). Según la investigación llevada a cabo por la Comisión Europea, esta conducta trascurre desde el 17 de enero de 1997 hasta 18 de enero de 2011, momento en el que MAN, fabricante que recurre a las políticas de clemencia de la Unión Europea¹, denuncia la existencia de dicho cártel, lo que le ha supuesto evadir la sanción administrativa impuesta a todos los demás miembros del cártel.

Otras de las conductas llevadas a cabo por este cártel son los acuerdos sobre las fechas en las que se implementarían las tecnologías sobre la contaminación de esta clase de vehículos, para cumplir con la normativa europea sobre emisiones (normas EURO 3 a 6), así como la transmisión a los clientes de los costes de introducción de dichas tecnologías.

No es hasta el 6 de abril de 2017 cuando efectivamente sale a la luz la identidad de los infractores que formaban parte del cártel, publicados en la Dirección General de la Competencia de la Comisión Europea, siendo éstos MAN, Daimler/Mercedes, DAF, Volvo/Renault e Iveco. Todos ellos se han beneficiado de una reducción de la sanción administrativa impuesta de un 10% por haber reconocido los hechos². Posteriormente, la Comisión lleva a cabo una investigación sobre Scania. Finalmente, Bruselas afirma la participación de la firma alemana en dicho cártel, a pesar de que ésta niega tales pactos y se niega a cooperar con la Comisión Europea.

Estos comportamientos colusorios suponen, en palabras de la Decisión de la Comisión, una infracción de los artículos 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (de ahora en adelante, TFUE) y del artículo 53 del Acuerdo EEE.

La primera sentencia publicada en relación con este caso concreto es la dictada el 18 de diciembre de 2017 por el Tribunal Regional de Hannover (Alemania). En ella, se afirma la existencia de un cártel y falla a favor de los demandantes estimando los daños ocasionados al Ayuntamiento de Gottingen, que se vio afectado debido a la adquisición de esta clase de vehículos para el desempeño de los servicios públicos de recogida de residuos, así como para el cuerpo de bomberos.

Por lo tanto, el supuesto práctico objeto de la elaboración de este Trabajo de Fin de Grado tiene especial relación con este caso de actualidad.

Ahora bien, el supuesto que nos ocupa difiere ligeramente de lo que ha sucedido en la realidad, sobre todo en algunas cuestiones. Así, en primer lugar, MAN España, Daimler

¹ En un sentido similar se manifiesta la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Quinta) de 21 enero 2016 (TJCE 2016/16) (Caso «Eturas» UAB, y Otros contra Lietuvos Respublikos konkurencijos taryba) donde el Consejo de la Competencia establece que “[...] a la agencia de viajes que había informado al Consejo de la existencia de esta infracción se la eximió de multas conforme al programa de clemencia”.

España y FIAT Chrysler España tienen su domicilio social en territorio español. En segundo lugar, los acuerdos en los que se pactan las conductas colusorias transcurren en el Campo de Golf de La Herrería (Madrid), por lo que también conocemos dónde se origina la conducta ilícita. En tercer lugar, el objetivo de estas reuniones consistía en “fijar los precios brutos de los camiones con sus diferentes configuraciones y versiones y determinar las condiciones respecto de las empresas distribuidoras”, de manera que difiere de la realidad a la hora de no tener en cuenta la implantación de la tecnología de emisiones. En cuarto lugar, los pactos no sólo se llevaban a cabo entre los fabricantes, sino también entre fabricantes y distribuidores, los cuales veían recompensada su limitación de competir con otros distribuidores mediante una compensación económica. Finalmente, en quinto lugar, se elimina la pertenencia de los fabricantes Volvo/Renault e IVECO al cártel, que sí son integrantes del existente en la realidad.

2. Limitación a la libre competencia

Tanto la normativa comunitaria como la nacional española es muy restrictiva en la materia de libre competencia en el territorio comunitario. De hecho, nos encontramos con una amplia normativa que condena este tipo de conductas, como: el Libro Blanco sobre Acciones de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia, de 2 de abril de 2008; el Informe OXERA, de 19 de enero de 2010; la Comunicación de la Comisión sobre la cuantificación del perjuicio en las demandas por daños y perjuicios por incumplimiento de los artículos 101 o 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea; la Guía práctica para cuantificar el perjuicio en las demandas por daños y perjuicios por incumplimiento de los artículos 101 o 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, ambos de 10 de junio de 2013; la Recomendación sobre el “recurso colectivo horizontal”, de 2013; o la Directiva 2014/104/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de noviembre de 2014, relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del Derecho nacional, por infracciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea (de ahora en adelante, “Directiva de Daños”). Algunas de estas normas serán de vital importancia en este supuesto práctico, y por ello, las estudiaremos a lo largo de este trabajo.

Centrándonos en primer lugar en el ámbito comunitario, el artículo 101.1.a) (antiguo artículo 81 TCE) del TFUE dispone que “serán incompatibles con el mercado interior y quedarán prohibidos todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado interior y, en particular, los que consistan en: [...] fijar directa o indirectamente los precios de compra o de venta u otras condiciones de transacción; [...]”.

De forma similar, en la legislación nacional se recoge en el artículo 1.1.a) de la Ley 15/2007, de 3 de julio de Defensa de la Competencia (en adelante LDC), así como en su redacción anterior (Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia), que “se prohíbe todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional y, en particular, los que consistan en: [...] La fijación, de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio”. Esto es lo que propiamente se conoce

como conductas colusorias. También autores como SÁNCHEZ CALERO siguen la misma línea a la hora de definir estas conductas.³ El resto del artículo se modifica en la antigua LDC por el Real Decreto-Ley 9/2017, de 26 de mayo.

Después de esto podemos afirmar que el comportamiento llevado a cabo por los administradores D. Miguel F., D. Carlos. H. y D. Fernando S., efectivamente constituye una conducta limitativa de la libre competencia que, como vemos, está tipificado en normas tanto europeas como estatales. Por ello, podemos afirmar que en este supuesto práctico se observa la existencia de un cártel (como veremos en el epígrafe 2.1), del que después formarán parte algunos de los restantes fabricantes de este mercado.

2.1. Acuerdos de los fabricantes

Para comenzar con este epígrafe es importante encontrar una definición acertada del concepto que tanto vamos a emplear a lo largo de este trabajo, esto es, el término “cártel”.

En ese sentido, a nivel comunitario, la Guía Práctica de la Comisión Europea, denominada “Guía práctica para cuantificar el perjuicio en las demandas por daños y perjuicios por incumplimiento de los artículos 101 o 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea” dispone que “los cárteles son acuerdos y prácticas concertadas entre dos o más empresas destinados a influenciar los parámetros de competencia mediante prácticas tales como la fijación de precios de compra o venta u otras condiciones comerciales, [...] el objeto del acuerdo de cártel es evitar, restringir o falsear la competencia”.⁴

Pero si hemos dicho que el domicilio social de estos fabricantes es en España, ¿por qué empleamos la normativa comunitaria? Porque en el supuesto práctico se establece que la cuota de mercado de estas sociedades es del 80% del mercado europeo, por lo que éstas operan en el ámbito comunitario y les serán de aplicación sus normas.

Existe también una definición del referido concepto en el ámbito nacional. En la Sentencia del Tribunal Supremo (de ahora en adelante STS) de 6 de noviembre de 2013 (RJ 2013/7771) éste desestima el recurso interpuesto por Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Guipúzkoa y San Sebastián (Kutxa) al llevar a cabo una “conducta restrictiva de la competencia prohibida por el artículo 1.1.a) de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, consistente en un pacto de no competencia entre determinadas entidades financieras que operan en el ámbito territorial de las Comunidades Autónomas del País Vasco y de Navarra, y por haber coordinado sus actuaciones frente a terceros competidores”. Por tanto, el TS emplea la definición de “cártel” que se recoge en la Ley 15/2007, de 3 de julio de Defensa de la Competencia (en adelante, “LDC”) en su disposición adicional cuarta (apartado segundo), disponiendo que: “[...] se entiende por cártel todo acuerdo secreto entre dos o más competidores cuyo objeto sea la fijación de precios, de cuotas de producción o de venta, el reparto de mercados, incluidas las pujas fraudulentas, o la restricción de las importaciones o las

³ SÁNCHEZ CALERO, F.; SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J.: *Instituciones de derecho mercantil*, Vol. I, Ed. Aranzadi (37ª ed.), Navarra, 1998, pp. 201-212.

⁴ Sentencias del Tribunal General en los asuntos acumulados T-25/95 etc. Cimenteries CBR SA/ Comisión, Rec. 2000, p. II-491, apartados 837, 1531, 2589; asunto T-202/98, Tate & Lyle /Comisión, Rec. 2001, p. II-2035, apartados 72-74; Comunicación de la Comisión: Directrices relativas a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 TFUE, DO C 101 de 27.4.2004, p. 97, puntos 20 a 23.

exportaciones”. En este punto es importante hacer un matiz, y es que en fecha 1 de septiembre de 2007 comienza a aplicarse la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia que hemos citado, sustituyendo la anterior Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (la antigua LDC). Se debe mencionar el hecho de que cuando comenzaron las prácticas colusorias, la normativa en vigor era la antigua LDC. Ésta define en su artículo 1.1.a) las conductas prohibidas, al establecer que está vedado “[...] todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir, o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional [...] que consistan en: La fijación [...] de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio”. Como vemos, ambas leyes son muy similares a la hora de definir lo que se considera conducta anticompetitiva.

Por tanto, podemos calificar como “cártel” aquel acuerdo secreto entre competidores que tenga por finalidad alguno de los objetivos recogidos en dicha norma, acuerdo que puede verificarse en nuestro supuesto en el que se realizan una serie de conductas que cabe encajar en dicho concepto. En particular, hay que recordar que éstas se trataban de reuniones secretas entre los administradores de los principales fabricantes de camiones, cuyo objetivo era fijar los precios brutos de los camiones, así como prefijar las condiciones con las empresas distribuidoras de los mismos. Suponen, por tanto, una vulneración al derecho a la libre competencia. En este epígrafe estamos centrándonos en acuerdos de carácter horizontal, ya que se originan entre sujetos que se encuentran al mismo nivel, es decir, entre fabricantes.

Vemos que cualquiera de los dos conceptos se ajustan al supuesto que estamos analizando, ya que D. Miguel F., D. Carlos. H., D. Fernando S. y otros fabricantes tienen como objetivo común “fijar los precios brutos de los camiones con sus diferentes configuraciones y versiones”, limitando así el margen de actuación de la competencia.

Este tipo de **acuerdos horizontales** (fabricante – fabricante) constituyen una infracción tipificada como **muy grave**, ya que, volviendo a la normativa estatal, en la citada Ley 15/2007 de Defensa de la Competencia, nos encontramos en su artículo 62.4.a), en el que se catalogan como infracciones muy graves aquéllas que supongan “el desarrollo de conductas colusorias tipificadas [...] que consistan en cárteles u otros acuerdos, decisiones o recomendaciones colectivas, prácticas concertadas o conscientemente paralelas entre empresas competidoras entre sí, reales o potenciales”.

Por otra parte, y además de lo que dispone al respecto la LDC, las aludidas conductas pueden ser sancionadas sobre la base del Reglamento (CE) 1/2003 del Consejo de 16 de diciembre de 2002 relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los antiguos artículos 81 y 82 del Tratado Constitutivo de la UE (actuales artículos 101 y 102 TFUE), cuya finalidad es la de proteger un mercado común donde predomine la libre competencia, permitiendo a los Estados miembros aplicar la normativa comunitaria, sin perjuicio de la legislación propia del Estado, siempre que ésta respete los principios contemplados en la primera. Se refiere básicamente a la posibilidad de que, en nuestro caso, el Estado español pueda aplicar los artículos 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), pero con la condición de que debe predominar una cooperación entre las autoridades competenciales de dicho estado y la Comisión (concediendo preferencia a la actuación de ésta última).

Respecto a la legislación aplicable en materia de **plazos de prescripción**, es importante hacer una distinción entre el caso práctico planteado y el caso real. En el caso práctico planteado no se conoce el momento en el que deja de cometerse la infracción, por lo que es aplicable la LDC tras la reforma del Real Decreto-Ley 9/2017, de 26 de mayo, así como la normativa comunitaria existente al respecto. Sin embargo, en el supuesto real, el hecho ilícito cesa en un momento anterior a la transposición de la normativa europea (es decir, antes de la incorporación del Real Decreto-Ley a la LDC), de manera que debemos regirnos por lo dispuesto en la legislación previa, es decir, por el Código Civil español.

2.2. Acuerdos fabricantes – distribuidores

A continuación, dejamos a un lado los acuerdos horizontales (entre fabricantes) y pasamos a analizar los **acuerdos verticales**, es decir, aquellos que se producen entre agentes económicos que se encuentran a distinto nivel (como lo es el caso de los fabricantes y los distribuidores). Pues bien, en este caso, debemos hacer referencia al artículo 101 TFUE, ya que es utilizado para los supuestos en los que esta clase de acuerdos dan lugar a infracciones en el comercio comunitario, tales como la restricción de la libre competencia, esto es, las conocidas como **restricciones verticales**⁵. En el apartado tercero de dicho precepto se habla de una serie de exenciones en las que estos acuerdos no se consideren contrarios a la competencia⁶, pero ninguno de los supuestos planteados encajan en la conducta llevada a cabo por los protagonistas de nuestro caso práctico.

Si nos centramos en la realidad, es importante mencionar el hecho de que los distribuidores pueden ser perjudicados directos (el ejemplo típico es un concesionario) con repercusión total del sobre coste al comprador indirecto; o perjudicados directos con repercusión parcial.

Cuando se tratase de un perjudicado directo en el que la distribuidora no se beneficia de los acuerdos entre fabricantes porque no repercute el sobreprecio o lo hace parcialmente, estaría exento de cualquier tipo de responsabilidad. Además, podría llevar a cabo las acciones legales correspondientes para reclamar el lucro cesante ocasionado con motivo de la reducción de las ventas de camiones ante el incremento de los precios de los mismos, esto es, por el “**efecto volumen**”.

Si, por el contrario, nos encontramos con que es un perjudicado directo que transmite a sus compradores el sobre coste de los camiones y, a pesar de que no le beneficia como tal, finalmente obtiene unos beneficios económicos concedidos por los fabricantes, sí cabría atribuirle responsabilidad, ya que estaría actuando de forma ilícita. De manera que, en el caso práctico planteado, las empresas distribuidoras se encuadrarían en este último supuesto, por lo que habrán de responder del perjuicio ocasionado, ya que se dice que reciben una compensación económica por ver limitada su capacidad para competir con las restantes distribuidoras. Pero cabe hacer una matización llegados a este punto, ya que en la LDC se recoge un supuesto en el que las pequeñas y medianas empresas, únicamente responderán frente sus compradores directos e indirectos, siempre y cuando cumplan

⁵ Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en los asuntos acumulados 56/64 y 58/64 *Grundig-Consten* contra *Comisión*; el asunto 56/65 *Technique Minière* contra *Maschinenbau Ulm GmbH*; y la Sentencia del Tribunal de Primera Instancia en el asunto T-77/92 *Parker Pen Ltd.* contra *Comisión*.

⁶ Comunicación de la Comisión - Directrices relativas a la aplicación del artículo 81, apartado 3, del Tratado, sobre la metodología general e interpretación de la Comisión de las condiciones para aplicar el artículo 101.

unos requisitos (que pasaremos a analizar detenidamente en el epígrafe 3.2.4), de manera que si las distribuidoras de nuestro supuesto práctico los cumplen, no responderán solidariamente frente a los perjudicados (hablaremos de la responsabilidad solidaria en el epígrafe 3.4).

Respecto a esto, podemos citar algunas resoluciones de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, donde se producen acuerdos entre fabricantes y distribuidores. En ese sentido, la resolución de 26 de mayo de 2016 (Expediente S/DC/0504/14 AIO) relativa a la fijación precios de venta sobre productos absorbentes para la incontinencia grave de la orina en adultos (AIO) superiores a los que se hubieran establecido en condiciones de concurrencia competitiva en el mercado. Como bien dispone la Comisión “como la jurisprudencia comunitaria ha tenido ocasión de reiterar, una empresa que haya participado en una infracción mediante comportamientos propios puede ser considerada también responsable de los comportamientos de otras empresas en el marco de la misma infracción, respecto al período de su participación en dicha infracción (sentencia TJ de 8 de julio de 1999, Comisión/Anic Partecipazioni, C-49/92 P, Rec. p. I-4125, apartado 83)”.⁷

Asimismo, este asunto ya se planteó en su día en el Libro Verde sobre las restricciones verticales en la política comunitaria de competencia, lo que derivó en el actual Reglamento.

3. Reclamación de TRANSLOGIC, S.A. por conductas antitrust

3.1. Jurisdicción competente

Atendiendo en primer lugar a la **competencia objetiva**, si observamos lo dispuesto en la Ley Orgánica del Poder Judicial las cuestiones relativas a las reclamaciones, parece que éstas habrán de presentarse en los juzgados de lo mercantil, ya que, en su artículo 86 ter. 2.f) dispone que “los Juzgados de lo Mercantil conocerán, asimismo, de cuantas cuestiones sean de la competencia del orden jurisdiccional civil, respecto de de los procedimientos de aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (actualmente son los artículos 101 y 102 del TFUE) [...], así como los los procedimientos de aplicación de los artículos que determine la Ley de Defensa de la Competencia”.

El debate es determinar si se trata de una acción de *follow on*, es decir, aquellas en las que existe una resolución administrativa previa, caso en el que la normativa sobre competencia ya ha sido analizada en el procedimiento llevado a cabo por la CNMC o la CE. En dicho supuesto, sólo se trataría de una reclamación de daños, lo que se separa de lo que hemos apuntado en el artículo anterior.

La STS (Sala de lo Civil, Sección1ª) 651/2013 de 7 de noviembre (RJ 2014/487) que tanto nombraremos (cártel del azúcar), se interpuso en primera instancia en los juzgados de lo civil, de manera que esto entra en contradicción con nuestra tesis inicial. De manera que, en el supuesto de que la competencia se atribuya a los juzgados de

⁷ También cabe mencionar la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia 16 de octubre de 1998 (Expediente MC 29/98, Glaxo). Otra resolución en el mismo sentido pero relativa a otra materia es la resolución de la CNMC de 21 de noviembre de 2017 (Expediente S/DC/0562/15 CABLES BT/MT).

Primera Instancia, se ha de acudir al artículo 45 LEC, concretamente en lo relativo a asuntos civiles que no sean competencia de otros tribunales por disposición legal expresa (apartado primero), así como aquellas cuestiones que le atribuyan la LOPJ (apartado segundo). Si acudimos ahora a dicha ley, les atribuyen en el artículo 85.1 LOPJ la competencia de aquellos asuntos que no se hubiesen atribuido a otros tribunales.

Por lo tanto, podemos determinar que, si se trata de una acción de *stand alone claims*, es decir, aquellas en las que los perjudicados son los encargados de probar la existencia de un comportamiento ilícito debido a la inexistencia de una decisión administrativa previa, se establece que la competencia pertenece a los juzgados de lo mercantil. Sin embargo, si consideramos que se trata de una acción de *follow on*, como es en el caso real, sería importante considerar que los juzgados asignados para este supuesto sean los juzgados de primera instancia civiles (y en base al procedimiento seguido en el supuesto del cártel del azúcar).

La reclamación que interpongan los perjudicados tendrá como fundamento una responsabilidad extracontractual por los daños provocados por el cártel, siendo el **fuero** o la **competencia territorial** de los Juzgados y Tribunales españoles para aquellos afectados domiciliados en España que hubiesen adquirido camiones en dichas fechas en territorio español. Por ello, es importante traer a colación el artículo 4 del Reglamento 864/2007 Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de julio de 2007 relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales ya que establece que “[...] la ley aplicable a una obligación extracontractual que se derive de un hecho dañoso es la del país donde se produce el daño, independientemente del país donde se haya producido el hecho generador del daño y cualesquiera que sean el país o los países en que se producen las consecuencias indirectas del hecho en cuestión”.

Cabe hacer una pequeña diferenciación llegados a este punto, ya que hay que atender al supuesto en que la reclamación pretenda la restitución del daño individual de TRANSLOGIC, S.A. o si lo que pretende es la restitución de todo el perjuicio ocasionado por el cártel.

Si examinamos la STJUE (Sala Cuarta) de 21 mayo 2015 (Caso Cartel Damage Claims (CDC) Hydrogen Peroxide SA contra Akzo Nobel NV y Otros) (TJCE 2015/199), en relación con la restitución del perjuicio causado individualmente a TRANSLOGIC, S.A. nos encontramos con que en su apartado 41 establece que se “[...] debe permitir determinar la competencia del tribunal objetivamente mejor situado para apreciar si concurren los elementos constitutivos de la responsabilidad de la persona demandada, por lo que sólo puede conocer válidamente del asunto el tribunal en cuyo territorio se sitúa el punto de conexión pertinente”. De manera que, según esto, los tribunales mejor situados son los españoles, ya que es en este territorio en el que transcurre el hecho delictivo⁸ al tener las posibles demandadas su domicilio social en España. Además, TRANSLOGIC S.A. también tiene su domicilio social en España y, por otra parte, el hecho delictivo también se origina en España, de manera que todos los elementos claves se producen en territorio español.

Si continuamos con el análisis de la referida sentencia comunitaria, hay que reparar en su apartado 52, en el que se establece que “en el caso de un perjuicio consistente en los sobrecostes pagados a causa de un precio artificialmente elevado [...] ese lugar sólo es

⁸ En Derecho Europeo, el hecho delictivo tiene el mismo significado que el hecho dañoso.

identificable en relación con cada una de las presuntas víctimas considerada de forma individualizada, y en principio corresponde al domicilio social de ella”. Por lo tanto, volvemos a recordar que TRANSLOGIC S.A. tiene su domicilio social en el norte de España.

Sin embargo, atendiendo a la restitución del daño global causado por la conducta colusoria del cártel, en el apartado 56 de la misma sentencia se establece que “[...] el artículo 5, punto 3, del Reglamento 44/2001 debe interpretarse en el sentido de que, cuando se reclama judicialmente una indemnización a demandados domiciliados en diferentes Estados miembros a causa de una infracción única y continuada del artículo 101 TFUE y del artículo 53 del Acuerdo EEE, en la que han participado esos demandados en varios Estados miembros en diferentes momentos y lugares, infracción que ha sido declarada por la Comisión, el hecho dañoso se ha producido respecto a cada supuesta víctima considerada individualmente, y [...] cada una de esas víctimas puede elegir entre ejercer su acción ante el tribunal del lugar en el que fue definitivamente constituido el cártel, o del lugar en el que en su caso fue concluido un arreglo específico e identificable por sí solo como el hecho causal del perjuicio alegado, o bien ante el tribunal del lugar de su propio domicilio social”. De este modo, la competencia territorial recaería en los juzgados correspondientes al domicilio de cualquiera de los fabricantes del cártel o también en el territorio donde se hayan llevado a cabo los acuerdos para la práctica de estas conductas antitrust. En el supuesto práctico corresponde, como en el caso anterior, a los tribunales españoles, pero si atendemos al caso real, esto varía bastante al estar implicadas multitud de nacionalidades de los fabricantes.

Centrándonos ahora en normativa estatal, el artículo 51.1 LEC establece que el fuero general de las personas jurídicas será el lugar de su domicilio social, aunque también pueden serlo en el lugar donde haya nacido la relación jurídica o donde deba surtir efectos (siempre que allí tengan un establecimiento abierto al público). Interesa destacar que esta normativa no opera en este supuesto, porque la ley especial, en este caso la LDC, tiene aplicación preferente a la ley general, LEC.

Por lo tanto, siguiendo lo expuesto, TRANSLOGIC S.A. deberá demandar ante los tribunales españoles, porque el domicilio social de los fabricantes se encuentra en España y además el efecto producido por la conducta colusoria se manifiesta en España igualmente.

Es importante hacer mención al supuesto real, dónde los fabricantes integrantes del cártel tienen domicilio social en la mayor parte de los estados que constituyen la Unión, siendo de igual forma los competentes los tribunales dónde radique el domicilio social del demandante, como hemos dicho en los apartados 52 y 53 de la STJUE de 21 mayo 2015 (Caso Cartel Damage Claims (CDC) Hydrogen Peroxide SA contra Akzo Nobel NV y Otros).

Finalmente, respecto de la **competencia funcional**, los juzgados competentes serían los juzgados de primera instancia donde los perjudicados interpusieran la demanda.

3.2. Presupuestos de la acción de resarcimiento

En este punto es importante diferenciar entre la responsabilidad contractual de la extracontractual. La primera de ellas surge cuando se produce la causación de un perjuicio debido al incumplimiento de un contrato (artículo 1091 C.c.), por lo que no es aplicable en nuestro supuesto. Así pues, en el caso que aquí nos atañe nos encontramos ante una **reclamación de carácter extracontractual**, según la cual se considera la existencia de un daño con independencia de la relación jurídica que tuviesen con anterioridad las partes intervinientes. En el contenido esencial del artículo 1902 C.c. se define como “el que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado”.

Pero, ¿puede realmente TRANSLOGIC, S.A. solicitar a las empresas del cártel, concretamente MAN España, Daimler España y FIAT Chrysler España, una reclamación por la conducta colusoria ejecutada por las mismas? Es importante recordar que las cabezas tractoras adquiridas por TRANSLOGIC, S.A. pertenecen a los fabricantes Volvo e IVECO, las cuales no son empresas integrantes del cártel (según la información aportada en el supuesto práctico), de manera que, lo más adecuado parece ser entender que no tendrían que responder por dicha conducta colusoria.

Ahora bien, esto no es óbice para reparar en otro hecho probado en el supuesto práctico, y es que D^a Cayetana D. ha constatado que efectivamente entre los contratos firmados con ambos distribuidores durante los años 1997, 2003 y 2009 la diferencia entre los precios es mínima, mientras que en los firmados en el año 1993 y en el 2014 sí se aprecia una diferencia relevante. De manera que ¿cuál es el fenómeno que se deriva de esto? A pesar de que Volvo e IVECO no formen parte del cártel como tal, no implica que no hubiesen aprovechado el incremento de los precios para llevar a cabo la misma práctica pero al margen de las decisiones del cártel, apareciendo así el concepto del “efecto paraguas”. El “*umbrella pricing*” es un concepto que define el comportamiento que supone la elevación de los precios por parte de terceras empresas como consecuencia de una conducta colusoria prohibida de la que dichas empresas no forman parte, de manera que las ventas de esa empresa se producen a un precio mayor de lo que sería si no hubiese existido un cartel⁹.

La sentencia del TJUE sobre el asunto Kone es la que se manifiesta sobre este efecto paraguas. Vamos a extraer tres párrafos de la misma, donde se resume lo que más nos interesa destacar. En su párrafo 34 se dispone que “la víctima de un efecto paraguas sobre los precios («*umbrella pricing*») puede obtener de los miembros de un cártel la reparación del daño sufrido, aun cuando no haya tenido vínculos contractuales con ellos, en la medida en que se acredite que, según las circunstancias del caso y, en particular, conforme a las especificidades del mercado en cuestión, dicho cártel podía tener como consecuencia que terceras partes, actuando de manera autónoma, aplicaran precios aprovechando la concertación, y que tales circunstancias y especificidades no podían ser ignoradas por los miembros del cártel”.

⁹ Sentencia del TJUE de 6 de noviembre de 2012 (asunto grupos Otis NV, General Technic-Otis Sàrl, Kone Belgium NV, Kone Luxembourg Sàrl, Schindler NV, Schindler Sàrl, ThyssenKrupp Liften Ascenseurs NV y ThyssenKrupp Ascenseurs Luxembourg Sàrl, C-199/11) y Sentencia del TJUE de 5 de junio de 2014 (asunto Kone AG y Otros contra Infrastruktur, AG. C-557/12).

Continúa introduciendo una cuestión que destaca resaltar que “mediante resolución de 17 de octubre de 2012, el Oberster Gerichtshof, órgano jurisdiccional remitente, planteó al Tribunal de Justicia la siguiente cuestión prejudicial: «¿Debe interpretarse el artículo 101 TFUE (artículo 81 CE, artículo 85 del Tratado CE) en el sentido de que cualquier persona tiene derecho a exigir a los participantes en un cartel una indemnización por los daños causados por una empresa ajena al cartel que, aprovechándose de los excesivos precios del mercado, incrementó los precios de sus propios productos más de lo que hubiera hecho de no existir el cartel (*umbrella pricing*), de manera que el principio de efectividad declarado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea exige que el Derecho nacional reconozca el derecho a indemnización?»

Además, señala también en sus párrafos 83 y 84 diciendo que “(...) los daños debidos a los efectos paraguas sobre los precios no se deben considerar en general como imprevisibles para los participantes en un cártel, y su reparación es conforme con los objetivos del artículo 81 CE y del artículo 85 de los Tratados CEE y CE (actualmente, artículo 101 TFUE). Sería contrario a la eficacia práctica de dichas normas de competencia excluir categóricamente y de antemano la reparación de dichos daños en el marco del Derecho civil nacional. La solución que propongo no lleva automáticamente y en todos los casos a una obligación de indemnizar por parte de los participantes en el cártel frente a los clientes de las empresas ajenas al cártel, pero tampoco excluye de antemano tal obligación. Antes bien, procede siempre examinar, mediante una consideración en conjunto de todas las circunstancias relevantes, si en el caso concreto y a raíz del cártel se han ocasionado efectos paraguas sobre los precios”.

Otro concepto, relacionado con el anterior, es el de “*umbrella claims*” que va orientado a las reclamaciones por los daños ocasionados por la existencia de este efecto paraguas, de manera que cualquier perjudicado puede exigir a los operadores del cártel una indemnización por el sobreprecio estipulado por las empresas ajenas al mismo, que aprovecharon dicha práctica para incrementar sus precios. El inconveniente que presenta es la complejidad de probar la efectiva existencia de un efecto paraguas. De manera que, a pesar de las dificultades probatorias, TRANSLOGIC, S.A. puede exigir responsabilidad por el efecto paraguas a las empresas integrantes del cártel, es decir, MAN España, Daimler España y FIAT Chrysler España, a pesar de no haber adquirido de las mismas ninguna cabeza tractora.

3.2.1. Conducta ilícita y culpable de los infractores

El artículo 16.1 del Reglamento (CE) 1/2003, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado regula las denominadas acciones *follow on* al disponer que “cuando los órganos jurisdiccionales nacionales se pronuncien sobre acuerdos, decisiones o prácticas en virtud de los artículos 81 u 82 del Tratado ya haya sido objeto de una decisión de la Comisión, no podrán adoptar resoluciones incompatibles con la decisión adoptada por la Comisión”.

De igual forma, en la STS 651/2013 de 7 noviembre define el concepto de la acción “*follow on*” estableciendo que “esta vinculación a los hechos considerados probados en anteriores resoluciones judiciales [...] es calificado como de “*follow on claims*”, en el que los perjudicados ejercitan la acción de indemnización de daños y perjuicios una vez que ha quedado firme la sentencia de la jurisdicción contencioso-administrativa que ha

decidido si concurría la conducta ilícita por contravenir la Ley de Defensa de la Competencia, para lo cual era preciso partir de los hechos constitutivos de la conducta calificada como ilícita por anticompetitiva”.¹⁰

Por tanto, basándonos en la sentencia anterior, este tipo de actuación supone que la acción de responsabilidad civil se refiere a unos hechos anteriormente juzgados en un procedimiento administrativo previo y respecto de los mismos partícipes. Estas acciones se caracterizan por el hecho de que las pretensiones de demandar por los damnificados son posteriores a la Decisión de la Comisión en la que se contiene que efectivamente se ha producido un comportamiento ilícito. En este tipo de acciones existe una prueba preconstituida de la Decisión de la Comisión en el órgano jurisdiccional nacional debido a la existencia de una conducta anticompetitiva.

Para hablar de este “efecto vinculante” es importante traer a colación la sentencia del TJUE (Gran Sala) de 6 de noviembre de 2012 (Caso Otis y otros) (TJCE 2012/321) donde se regula, en el párrafo 50 que “[...] según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia [...], cuando los órganos jurisdiccionales nacionales se pronuncien sobre acuerdos, decisiones o prácticas contemplados, entre otros, en el artículo 101 TFUE que ya hayan sido objeto de una decisión de la Comisión, no podrán adoptar resoluciones incompatibles con la decisión adoptada por la Comisión”¹¹.

Por lo tanto, podemos finalizar este apartado afirmando la existencia de una conducta ilícita de los fabricantes MAN España, Daimler España y FIAT Chrysler España al haber practicado acuerdos colusorios vulnerando la libre competencia. El problema que se plantea es que en el supuesto práctico nada se dice de la existencia de una decisión de la Comisión, como en el caso real. De manera que, esta Decisión, en el supuesto real, permite a los perjudicados (tanto a los adquirentes de dichas marcas como de otras que también hubieran aumentado los precios, pero no formasen parte del cártel) llevar a cabo acciones *follow on* al existir una Decisión de la Comisión en la que se afirma el comportamiento antitrust de estos operadores concretos, y otros integrantes del cártel. Sin embargo, en el caso planteado, debemos considerar dos posibilidades: la primera de ellas supondría que efectivamente existe una Decisión y los damnificados puedan efectuar las acciones de *follow on*; y la segunda, partiría de la inexistencia de tal resolución de la Comisión, teniendo que aplicarse otro tipo de acciones, siendo éstas las conocidas como las acciones *stand alone claims*, aquéllas en las que son los perjudicados los que deben probar la existencia de un daño y el comportamiento ilícito de los fabricantes, al no existir una una decisión administrativa previa¹².

En palabras de CARRASCO PERERA, estas acciones tienen especial complejidad debido a la dificultad para el perjudicado de probar en el mismo proceso la existencia de la presunta infracción, así como la causación del daño por parte de alguien que no ha sido juzgado previamente ni condenado por este hecho.¹³

¹⁰ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección1ª) 651/2013 de 7 noviembre (RJ 2014/487).

¹¹ Sentencia de 14 de septiembre de 2000, Masterfoods y HB, C-344/98, Rec. p. I-11369, apartado 52, que actualmente se encuentra codificada en el artículo 16 del Reglamento nº 1/2003.

¹² SUDEROW, J.: *Acciones derivadas de ilícitos antitrust: el foro especial de la obligación extracontractual después de la sentencia CDC Hydrogen Peroxide. Cuadernos de derecho transnacional*, Vol. 8, Nº 2, 2016, pp. 324 y 325.

¹³ CARRASCO PERERA, A.: *Responsabilidad civil solidaria de los miembros de un cártel*, (BIB 2017/43639). *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* núm.1, 2018, p 2.

De la misma manera, opinan DÍEZ ESTELLA y PÉREZ FERNÁNDEZ, que estas acciones *stand alone claims* se consolidan cuando se reconoce la potestad de los tribunales civiles de los Estados miembros de la Unión para conocer de las infracciones de los artículos 101 y 102 del TFUE, sin necesidad de la existencia de una decisión administrativa previa. Esto implica que dicho perjuicio se juzgará en el mismo proceso que determine la existencia o no del presunto comportamiento anticompetitivo¹⁴. En el mismo sentido, nos encontramos con la STS 460/2009 de 30 junio (RJ 2009/5563).

3.2.2. Daño efectivo

Se considera como “daño efectivo” el perjuicio o el daño efectivamente causado. En el artículo 17.2 de la Directiva 2014/104/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de noviembre de 2014, relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del Derecho nacional, por infracciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea se contempla la presunción de que las infracciones llevadas a cabo por la formación de un cártel provocan una serie de perjuicios, correspondiendo a sus integrantes rebatir dicha presunción.

De igual forma, en la LDC, en su artículo 76.3, incorporado tras la transposición de la Directiva anteriormente citada, se consolida el hecho de que los actos no conformes a derecho llevados a cabo por un cártel causan un daño, añadiendo en su apartado 1 que le corresponde al demandado la carga de la prueba de dichos daños. Dicho esto, podemos hablar de la existencia de un daño efectivo por las conductas llevadas a cabo por MAN España, Daimler España y FIAT Chrysler España.

En armonía con el planteamiento anterior, el TS sigue la misma tendencia, manifestando a través de la STS 651/2013 de 7 de noviembre (RJ 2014/487)(cártel del azúcar) en su fundamento de derecho quinto, que “para la resolución del litigio ha de partirse de la existencia de la práctica restrictiva de la competencia consistente en las subidas concertadas de precios del azúcar vendido para uso industrial, y del daño que supone el pago de un precio superior al que debiera haber resultado del juego de la libre competencia. Esto ha de enlazarse con el principio general del Derecho de la competencia de que cualquier persona tiene derecho a solicitar la reparación del perjuicio que le haya irrogado un contrato o un comportamiento que pueda restringir o falsear el juego de la competencia”. En el mismo sentido, también nos encontramos la STJCE de 20 de septiembre de 2001 (caso Courage, asunto C-453/99, y de la Sala Tercera, de 13 de julio de 2006, caso Manfredi, asuntos acumulados C-295/04 a C-298/04).

Por lo tanto, ¿cuál es exactamente el daño ocasionado? El daño ocasionado se cuantifica por el número de camiones vendidos por cada uno de los fabricantes integrantes del cártel a los que se les ha aplicado el sobrecoste durante el periodo transcurrido, siendo éste en el caso real, desde el 17 de enero de 1997 hasta 18 de enero de 2011. Sin embargo, en el supuesto práctico no podemos conocer este dato, ya que carecemos de dicha información. Diferente es la situación si atendemos al caso real, respecto al cual sí que se puede conocer a través del volumen de ventas anuales de cada una de todas estas marcas. Llegados a este punto debemos diferenciar entre el concepto de “daño” y el concepto de

¹⁴ DÍEZ ESTELLA, F.; PÉREZ FERNÁNDEZ, P.: *La directiva de acciones de daños derivadas de ilícitos anticompetitivos, con especial referencia a los programas de clemencia: ¿la última gran revolución en el derecho de defensa de la competencia?* (BIB 2014/2564). *Revista Aranzadi Unión Europea*, núm.7, 2014.

“responsabilidad”, ya que “el daño” podemos medirlo atendiendo al volumen de ventas de cada una de las empresas de las que se componía el cártel, pero “la responsabilidad” de cada una de estas empresas es la misma.

Por lo tanto, es latente la existencia de un daño, el cual no podemos medir en este caso práctico respecto de las empresas MAN España, Daimler España y FIAT Chrysler España al no conocer sus respectivos volúmenes de ventas anuales. La complejidad aquí radica en la determinación de la responsabilidad de cada una de estas empresas, porque, como veremos en el epígrafe 3.4, la responsabilidad de éstos es una responsabilidad solidaria impropia, respondiendo todos sobre el daño total causado, lo que dificulta su cuantificación.

En atención a la cuantía que se puede reclamar, en el artículo 78.1 de la LDC se recoge que “el derecho al resarcimiento enunciado en este título se referirá únicamente al sobrecoste efectivamente soportado por el perjudicado, que no haya sido repercutido y le haya generado un daño”. Para ello, no nos extenderemos más en este epígrafe y nos centraremos en ello en el epígrafe 3.5.

3.2.3. Relación de causalidad entre ambos (la defensa *passing-on* de los infractores)

Recordemos que en el epígrafe 2.2 hablamos de la existencia de dos tipos de compradores: por un lado, un comprador directo que puede repercutir el total sobrecoste al comprador indirecto (en cuyo caso el primero no podría reclamar) o puede haberlo repercutido parcialmente o no repercutirlo (supuesto en el que sí podría optar a la indemnización); y por el otro, un comprador indirecto.

Surge aquí el concepto del *passing-on* o la repercusión aguas abajo, mecanismo según el cual el demandante no sufrió perjuicio por la conducta ilícita ya que en el supuesto concreto no asume el sobreprecio, sino que lo repercute a los clientes indirectos y que exceptúa respecto a ese demandante los daños y perjuicios ocasionados como consecuencia de alguna infracción relativa al derecho de la competencia.

En el supuesto que nos atañe, las empresas distribuidoras forman parte del cártel, por lo que no pueden reclamar de los fabricantes MAN España, Daimler España y FIAT Chrysler España ningún perjuicio ocasionado, pero TRANSLOGIC, S.A., sí que puede exigir responsabilidad a cualquiera de los tres fabricantes y a los correspondientes distribuidores.

Además, como ya hemos adelantado, en la Directiva 2014/104/UE se contempla en su artículo 17.2, y en el artículo 76.3 de la LDC, que la carga de la prueba corresponde al demandante. En este caso le corresponderá la carga de la prueba a TRANSLOGIC, S.A., sólo que, si efectivamente consideramos que se tratan de acciones de *follow on*, le resultará más fácil probar dicho comportamiento anticompetitivo.

Por su parte, el artículo 78.3 de la LDC, armonizado con la directiva, reitera que “el demandado podrá invocar en su defensa el hecho de que el demandante haya repercutido la totalidad o una parte del sobrecoste resultante de la infracción del Derecho de la Competencia.

La carga de la prueba de que el sobrecoste se repercutió recaerá en el demandado, que podrá exigir, en una medida razonable, la exhibición de pruebas en poder del demandante o de terceros”.

Asimismo, es importante traer a colación de nuevo la ya citada STS sobre el cártel del azúcar, en la que el Tribunal Supremo defiende una posición intermedia. De nuevo, en su fundamento de derecho quinto dispone que “se afirma [...] que la carga de la prueba de los hechos constitutivos del “*passing-on*” debe recaer sobre la empresa infractora, y que el nivel de la prueba para esta defensa no debería ser inferior al nivel impuesto al demandante para acreditar el daño”. Y continua diciendo que “Si los perjudicados por una conducta contraria al Derecho de la competencia ejercitan las acciones pertinentes para hacer efectivo su derecho a ser indemnizados por los daños sufridos como consecuencia de esa conducta ilícita, la carga de la prueba de los hechos que obsten el éxito de la acción corresponde al demandado que los alega”.

Posteriormente, si continuamos estudiando la fundamentación de dicho fallo, nos encontramos con que el Tribunal afirma que “[...] en el caso de reclamación indemnización por los daños causados por la actuación del cartel consistente en la concertación del incremento de precios, no es suficiente probar que el comprador directo ha aumentado también el precio de sus productos. Es necesario probar que con ese aumento del precio cobrado a sus clientes ha logrado repercutir el daño sufrido por el aumento del precio consecuencia de la actuación del cártel. Si el aumento de precio no ha logrado repercutir todo ese daño porque se ha producido una disminución de las ventas (debido a que otros competidores no han sufrido la actuación del cártel y han arrebatado cuota de mercado, nacional o internacional, a quienes sí la han sufrido, o a que la demanda se ha retraído ante el aumento del precio, etc.), no puede estimarse la defensa del “*passing-on*” o no puede hacerse en su totalidad”.

Hay que tener en cuenta que no se ha probado el *passing on*. Esto dificulta la demostración de una relación de causalidad entre la existencia del cártel y el aumento de los precios de los camiones, así como la repercusión de ese sobrecoste al cliente indirecto. Como bien dice la sentencia citada en el párrafo anterior, “probar que con ese aumento del precio cobrado a sus clientes ha logrado repercutir el daño sufrido por el aumento del precio consecuencia de la actuación del cártel” resulta más complejo de lo que se considera.

Finalmente, esta STS resuelve la controversia acudiendo a la normativa estatal, ya que “a falta de una regulación comunitaria específica sobre el resarcimiento de daños y perjuicios en el Derecho de la competencia, la cuestión ha de resolverse aplicando las normas de Derecho interno”.

3.2.4. Posibles indemnizaciones: daño emergente, lucro cesante e intereses

Para analizar esta cuestión acudiremos una vez más a la LDC, cuyo artículo 72.1 regula el hecho de que aquellos perjudicados por infracciones en el Derecho de la competencia tienen la posibilidad de reclamar y a ser resarcidos por el daño ocasionado. Por lo tanto, TRANSLOGIC, S. A. puede demandar a cualquiera de los participantes en el cártel, ya que como veremos en el epígrafe 3.4, la responsabilidad a la que deben hacer frente MAN España, Daimler España y FIAT Chrysler España es una responsabilidad solidaria impropia. Además, como ya hemos adelantado, en el supuesto concreto TRANSLOGIC, S. A. no adquiere camiones de ninguno de los integrantes del cártel, pero de todas formas

sufre el sobrecoste aplicado por Volvo e IVECO aprovechando el incremento de los precios aplicado por la competencia que conforma el cártel. Por tanto, serían los integrantes del cártel los encargados de responder: MAN España, Daimler España y FIAT Chrysler España.

Este pleno resarcimiento, como bien dispone el artículo 72.2., tiene como objeto la devolución al agraviado del perjuicio ocasionado, comprendiendo éste un derecho a indemnización por el daño emergente, el lucro cesante, así como el pago de los intereses. Por daño ocasionado deben responder tanto los fabricantes como los distribuidores que actúan como perjudicados directos que repercuten la totalidad del sobreprecio al cliente final, pero en éste último caso recordemos que hay una excepción ya introducida a la hora de hablar de los acuerdos verticales entre fabricantes y distribuidores. Esta particularidad se introduce en la última reforma sufrida por esta ley tras la reforma provocada por el Real Decreto-Ley 9/2017, de 26 de mayo. De manera que en su artículo 73.2. LDC se dispone que “[...] cuando el infractor fuera una pequeña o mediana empresa [...] sólo será responsable ante sus propios compradores directos e indirectos en el caso de que:

- a) su cuota de mercado en el respectivo mercado fuera inferior al cinco por ciento en todo momento durante la infracción, y
- b) la aplicación del régimen de responsabilidad solidaria [...] mermara irremediabilmente su viabilidad económica y causara una pérdida de todo el valor de sus activos”

Es importante hacer una distinción respecto a dos conceptos que tienen importancia en este epígrafe y que pueden provocar algún tipo de confusión: el daño emergente, que es el sobrecoste efectivamente pagado, y el lucro cesante, que es el efecto volumen, esto es, la pérdida de clientes o bajada de ventas derivada del aumento del precio fruto de las actuaciones contrarias al derecho de la competencia.

Responderán únicamente por el perjuicio causado a sus compradores y a otras partes perjudicadas en el supuesto de que éstas no obtengan dicho resarcimiento de los restantes infractores implicados según lo expuesto en el artículo 73.2 LDC. Pero esta excepción tiene una limitación recogida en el artículo 72.3 LDC. No resultará de aplicación:

- Cuando dicha empresa hubiese sido la promotora de la infracción o hubiese presionado a otras para intervenir en la misma.
- Cuando la empresa ya hubiese sido culpable anteriormente por vulnerar el Derecho de la competencia.

De todas formas, entendemos que MAN España, Daimler España y FIAT Chrysler España no se encuentran en ninguna de las situaciones enunciadas, pero no está de más hablar de esta excepción a la hora de referirnos al supuesto real en el que puede verse alguno de los distribuidores involucrados (desconocemos cuántos son).

Es importante matizar aquí que si, en el caso planteado, MAN hubiese colaborado con la Comisión Nacional de la Competencia, podría acogerse al programa de clemencia donde, según el artículo 65 LDC, quedaría exento del pago de la multa. Por otro lado, los otros fabricantes integrantes del cártel, si reconociesen los hechos, quedarían vinculados a una reducción de la multa que debieran satisfacer.¹⁵

¹⁵ ODRIOZOLA, M. (director); BARRANTES, B.; IRISSARRY, B. (coord.): *Derecho español de la competencia*, en *Comentarios a la Ley 15/2007, Real Decreto 261/2002*, Tomo II, Ed. Bosch, Barcelona, 2008, pp. 1124-1127.

3.3. Cauces para la posible reclamación

El Libro Blanco de 2 de abril de 2008 contempla que, según lo establecido por el TJUE, cualquier perjudicado tiene derecho a reclamar los daños y perjuicios ocasionados por el incumplimiento de normas relativas a la libre competencia en la jurisdicción nacional. En éste, nos encontramos con varios cauces por los que poder reclamar:

Por un lado, la Comisión en estos casos fomenta el **recurso colectivo** consistente en adjuntar reclamaciones individuales de los perjudicados, reduciendo así costes, riesgos e incertidumbre. Según VILLAGOMEZ RODIL, la legitimación activa colectiva puede ser de dos clases: la que protege los intereses profesionales de sus miembros y los que sólo lo hacen de los consumidores¹⁶

Se refieren en primer lugar a las asociaciones y corporaciones profesionales que representen intereses económicos. Éstos asumen la defensa directa de sus integrantes. Es más amplia que la que corresponde a consumidores, ya que se puede ejercer simplemente con la propia lesión de los intereses económicos de sus miembros, defendiendo no sólo los intereses individuales sino también los colectivos.

El segundo grupo se refiere, como se ha adelantado, a asociaciones que tengan la legitimación suficiente para proteger los intereses de los consumidores y usuarios. El Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias contiene un concepto de consumidor en su artículo 3, en el que se establece que “[...] son consumidores o usuarios las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión. Son también consumidores [...] las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial”.

Es importante matizar aquí la parte opuesta al consumidor, es decir, el empresario, definido en su artículo 4, como “toda persona física o jurídica [...] que actúe directamente o a través de otra persona en su nombre o siguiendo sus instrucciones, con un propósito relacionado con su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión”. Pues bien, TRANSLOGIC, S. A. encaja en éste segundo concepto, al tratarse de una empresa dedicada al transporte de mercancías. Por tanto, cabría que reclamase por esta vía, pero a través de una asociación de la que forme parte para que pueda defender sus intereses unidos a los de otros afectados.

La segunda vía que podemos contemplar es la **demanda individual**, extremo que hemos desarrollado en el epígrafe 3.1. Simplemente recordar que sería TRANSLOGIC, S. A. quien debería presentar la demanda. Por lo tanto, si consideramos que se trata de una acción *stand alone* (por no existir un pronunciamiento administrativo previo) los juzgados competentes serían los mercantiles. Mientras que si la acción es de *follow on*, y atendemos a la STS 651/2013 de 7 noviembre (RJ\2014\487) del cártel del Azúcar, serían los competentes los juzgado de primera instancia de lo civil. Sea cual sea, deberá interponerse en los tribunales de su domicilio social.

¹⁶ VILLAGÓMEZ RODIL, A.: *Competencia desleal*, Ed. Comares (2ª ed.), Granada, 2006, pp. 5-6.

Como tercer cauce, existiría la posibilidad de acudir a la **vía extrajudicial**, mediante la cual TRANSLOGIC, S.A. podría intentar llegar a un acuerdo con alguno de los miembros del cártel o con el cártel al completo. Estos acuerdos también los encontramos regulados en el artículo 77.1 de la LDC, al establecer que “el derecho al resarcimiento de daños y perjuicios de la persona perjudicada que hubiera sido parte en un acuerdo extrajudicial se reducirá en la parte proporcional que el sujeto infractor con quien hubiera alcanzado el acuerdo tenga en el perjuicio que la infracción del Derecho de la competencia le ocasionó”.

Finalmente, como última vía estaría la de **ceder onerosamente su derecho de reclamación a un tercero**, como en el supuesto contenido en la sentencia del TJUE de 21 de mayo de 2015 (TJCE 2015/199) relativa al asunto CDC Hydrogen Peroxide. Esta opción consiste simplemente en cederle a una empresa de este tipo (cuya actividad es precisamente la de especializarse en reclamaciones de esta clase) su derecho de reclamación por la conducta ilícita de las empresas que conforman el cartel. Volvemos al problema de inicio, en este supuesto práctico se puede aplicar porque no se conoce el momento en el que cesa la comisión de la infracción y por lo tanto podemos aplicar la Directiva 2014/104/UE (ya que en la LDC tras la reforma del Real Decreto-Ley 9/2017, de 26 de mayo, sigue sin decirse nada); sin embargo, en el supuesto real para aplicar este mecanismo tendremos que acudir al Código Civil, concretamente a su artículo 1112, donde se habla de la “la cesión de un crédito, derecho o acción”.

3.4. Responsabilidad conjunta y solidaria de los infractores

Desde el ámbito comunitario, la Directiva 2014/104/UE en su artículo 11.1, establece que “los Estados miembros velarán por que las empresas que hayan infringido el Derecho de la competencia por una conducta conjunta sean conjunta y solidariamente responsables por los daños y perjuicios ocasionados por la infracción del Derecho de la competencia, como consecuencia de lo cual cada una de las empresas estará obligada a indemnizar plenamente por el perjuicio causado, y la parte perjudicada tendrá derecho a exigir el pleno resarcimiento de cualquiera de ellas hasta que haya sido plenamente indemnizada”.

Por su parte, en relación con la legislación estatal podemos recordar que el artículo 73.1. de la LDC, recogía la responsabilidad conjunta y solidaria de los infractores, concretamente que “las empresas y las asociaciones, uniones o agrupaciones de empresas, que hubieran infringido de forma conjunta el Derecho de la competencia serán solidariamente responsables del pleno resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados por la infracción”.

Encaja aquí la diferencia entre el concepto de “daño” y el concepto de “responsabilidad” del que hemos hablado anteriormente. El “daño” en el supuesto real es calculable atendiendo simplemente al volumen de ventas anuales de cada fabricante que formase parte del cártel, mientras que en el supuesto planteado no, porque sólo conocemos la cuota de mercado, pero no las ventas anuales, de manera que es imposible conocer el número de camiones vendidos. Sin embargo, ni en el supuesto real ni en el caso práctico podemos medir la “responsabilidad”, porque todos los fabricantes tienen la misma responsabilidad con independencia de que sus ventas sean mayores o menores respecto a los demás infractores. Por lo tanto, en el supuesto que nos atañe, nos encontramos ante la imposibilidad de individualizar el grado de participación de cada una de estas empresas en el perjuicio ocasionado, de manera que deberán responder solidariamente frente a los

perjudicados, tratándose de un supuesto de **solidaridad impropia**. Ésta es aquella que no surge de los contratos ni de la ley, sino que nace directamente de la jurisprudencia¹⁷.

La STS (Sala de lo Social, Sección 1ª) de 3 junio 2014 (RJ 2014/4220) comienza explicando el momento en el que se debe diferenciar de qué tipo de solidaridad se trata. Para ello, establece la necesidad de atender al lugar donde nace la obligación, pudiendo analizar así si se trata de una naturaleza propia o impropia. El hecho de tratarse de una o de otra afecta directamente a la interrupción de la prescripción de la obligación del deudor solidario. La solidaridad impropia no se regula como tal en la ley; mientras que la de la solidaridad propia se contiene en los 1.137 y ss. del C.c..¹⁸ En relación con la solidaridad propia, “la relación interna existente entre los deudores lleva implícita la facultad que tiene el que pagó de repetir frente a su codeudor solidario la parte que era a su cargo (art. 1.145.2.CC), efecto que no se da, en la solidaridad impropia”. Además, continua diciendo que “la responsabilidad solidaria impropia impuesta por la ley tiene, normalmente, su origen en actos ilícitos civiles y en la necesidad de garantizar al perjudicado el resarcimiento de los perjuicios causados, el cobro de lo debido, pero puede ocurrir que tenga su origen en un contrato o en varios, como cuando se asegura el resarcimiento del daño causado por un incumplimiento contractual. La esencia de la solidaridad impropia es que la obligación de los codeudores no se funda en el mismo hecho o fundamento jurídico sino en distintos actos o en diferentes contratos”.

Asimismo, cabe atender a la STS (Sala de lo Civil) número 1121/1998 de 3 diciembre (RJ 1998/9703) donde “la jurisprudencia de esta Sala ha admitido la llamada «solidaridad impropia», por la necesidad de salvaguardar el interés social en supuestos de responsabilidad extracontractual [...] cuando hay causación común del daño que conduce a la unidad de responsabilidad y ante la imposibilidad, en estos casos, de establecer cuotas ideales de participación en la responsabilidad; este principio de responsabilidad solidaria se traduce, en materia de prescripción de la acción, en que la interrupción de la prescripción en estas obligaciones solidarias aprovecha y perjudica por igual a todos los acreedores y deudores, como establece el artículo 1974 del Código Civil y reitera la jurisprudencia”.

Finalmente, atendiendo al requisito del incumplimiento extracontractual para que efectivamente surja la solidaridad impropia, la STS (Sala de lo Civil, Sección Única) número 223/2003 de 14 marzo (RJ 2003/3645), en su Fundamento de Derecho Cuarto establece que “la doctrina ha reconocido junto a la denominada «solidaridad propia», regulada en el C.c. (arts. 1.137 y ss.) que viene impuesta, con carácter predeterminado, «*ex voluntate*» o «*ex lege*», otra modalidad de la solidaridad, llamada «impropia» u obligaciones «*in solidum*» que dimanen de la naturaleza del ilícito y de la pluralidad de sujetos que hayan concurrido a su producción, y que surge, cuando no resulta posible individualizar las respectivas responsabilidades. A esta última especie de solidaridad no son aplicables todas las reglas prevenidas para la solidaridad propia y, en especial, no cabe que se tome en consideración el artículo 1.974 del C.c. en su párrafo primero, mucho menos, cuando el hecho alegado quedó imprejuizado, por propia definición, respecto de los que no fueron traídos al proceso, basándose en una presunta responsabilidad «*in*

¹⁷ Sentencias del Tribunal Supremo número 534/2003 de 5 junio (RJ 2003/4124) y número 55/2004 de 2 febrero (RJ 2004/446)

¹⁸ Se manifiestan en el mismo sentido, las Sentencias del Tribunal Supremo de 14 de marzo de 2003 (RJ 2003/3645), de 18 de julio de 2001 (RJ 2011/6123), de 19 de octubre de 2007 (RJ 2007/8257), de 29 de noviembre de 2010 (RJ 2011/1547), entre otras.

solidum» (la solidaridad no se presume conforme al artículo 1.137 del C.c.), que fue declarada para unos sujetos distintos de los luego por designio del reiteradamente actor vinculados, a los que no puede extenderse la singularidad de un pronunciamiento que se establece con base en las circunstancias fácticas alegadas y probadas en el asunto previo, sin que fuera de tal condena, precisamente, por inexistencia del expresado vínculo antecedente «*ex voluntate*» o «*ex lege*», puedan formularse representaciones unilaterales de solidaridad sin causa demostrada”.

Es necesario que, por un lado, los infractores efectivamente hayan constituido un cártel y, por el otro, que hayan llevado a cabo conjuntamente una vulneración del derecho de la competencia.

Por lo tanto, en el supuesto planteado, las propias MAN España, Daimler España y FIAT Chrysler España han llevado a cabo una política que vulnera las prácticas de la libre competencia. De manera que los tres fabricantes deberán responder por el 100% (solidaridad) aunque después la empresa a la que le exijan la satisfacción del perjuicio por los daños causados por otra tendrá una acción contra la misma.

Asimismo, en atención al artículo 73.5, el participante en una conducta antitrust que satisfaga la deuda solidaria tendrá una acción de regreso contra cualquiera de los restantes participantes.

Por ello, este tipo de responsabilidad permite a TRANSLOGIC, S. A. entablar acciones legales contra cualquiera de los integrantes del cártel, es decir, frente a MAN España, Daimler España o FIAT Chrysler España, ya que la responsabilidad es solidaria, sin perjuicio de que después puedan ejercitar entre ellas las correspondientes acciones de regreso.

3.5. Cuantificación del daño

Cabe mencionar de nuevo que el artículo 72.2 LDC entiende que el resarcimiento debe comprender la indemnización por el daño emergente, el lucro cesante, así como el pago de los intereses.

Continuando con la misma línea si atendemos de nuevo a lo dispuesto al Libro Blanco de 2 de abril de 2008, en su apartado 2.5. “Daños y perjuicios” (pág. 7) según el TJUE los perjudicados tienen derecho a percibir la compensación del valor real de la pérdida sufrida (que no se refiere sólo a la pérdida real con motivo del incremento de los precios, sino también al lucro cesante causado por la disminución de las ventas, así como los intereses correspondientes).

En el Libro Blanco existe también una particularidad para en el presunto caso en el que los compradores indirectos, con motivo de la complejidad para demostrar el perjuicio sufrido debido al diferimiento respecto al momento de la infracción, “deberían poder basarse en la presunción refutable de que se les repercutió en su totalidad el coste excesivo ilegal”.

De igual forma, en la Guía Práctica de la Comisión Europea, denominada “Guía práctica para cuantificar el perjuicio en las demandas por daños y perjuicios por incumplimiento de los artículos 101 o 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea”, en su

párrafo 137, siguiendo la línea con lo anterior, respecto a la restitución del perjuicio causado, establece que hay que diferenciar entre “el coste excesivo inicial pagado por el cliente directo de la empresa infractora y el posible perjuicio que este coste excesivo causa a los clientes indirectos en distintos niveles de la cadena de suministro”.

Volviendo a lo adelantado en el epígrafe anterior, el concepto de “daño” en el caso real es medible, atendiendo, entre otros factores, al volumen de ventas en el periodo en el que se cometió la conducta colusoria y a partir de ahí calcular la cantidad a devolver al cliente indirecto; pero en el supuesto práctico carecemos de este dato, de manera que no podemos fijar una cifra exacta. Además, en el caso real, la propia Comisión emitió un resumen de la Decisión el 19 de julio de 2016 relativa a un procedimiento en virtud del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y del artículo 53 del Acuerdo EEE en la que se fija la sanción impuesta a cada uno de los fabricantes integrantes del cártel (donde se refleja la reducción del 10% a todos los integrantes del cártel y la exención a MAN¹⁹ del pago de las respectivas indemnizaciones por haber reconocido que cometieron dichos hechos que se le imputan, a diferencia de SCANIA que no los ha reconocido a día de hoy).

3.6. Prescripción

El TJUE establece que, al tratarse de una infracción extracontractual, en el artículo 10.3 de la Directiva 2014/104/UE, así como en el artículo 74.1 de la LDC tras la última reforma, en materia de reclamación de daños antitrust, se establece un plazo especial de 5 años (desde el momento en el que haya cesado la infracción y los perjudicados tengan conocimiento de la misma).

Recordemos que en el caso que nos atañe se desconoce si la infracción ha cesado o no. Si ésta hubiese finalizado con anterioridad a la entrada en vigor de ésta modificación, el plazo de prescripción ya estaba iniciado antes de la entrada en vigor de ésta reforma. Por lo tanto, resultaría de aplicación el art. 1968 C.c., que establece un plazo de 1 año (ya que el plazo anterior no se puede aplicar con carácter retroactivo). Este plazo debería computar desde que se tuvo conocimiento de la infracción y se puede ejercer la acción de reclamación. Es decir, en el supuesto real sería a partir del 6 de abril del 2017, momento en el que sale a la luz la Decisión Provisional de la Comisión, que da a conocer a los partícipes del cártel.

Sin embargo, volviendo al supuesto práctico, si la acción ilícita se mantuviese hasta después de la entrada en vigor del Real Decreto-ley 9/2017, de 26 de mayo, se aplicaría la nueva LDC, de manera que el plazo de prescripción se extendería hasta 5 años a contar desde el momento en el que los afectados fueron conscientes, o deberían serlo, del ilícito contra el derecho de la competencia.

En el supuesto real, con motivo de la posterior decisión de la UE de sancionar al fabricante SCANIA, se amplía el plazo de prescripción de la acción. En aquellos países donde se traspuso la norma en forma y tiempo, el plazo se prorroga 5 años. Sin embargo, en el caso

¹⁹ En un sentido similar se manifiesta la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Quinta) de 21 enero 2016 (TJCE 2016/16) (Caso «Eturas» UAB, y Otros contra Lietuvos Respublikos konkurencijos taryba) donde el Consejo de la Competencia establece que “[...] a la agencia de viajes que había informado al Consejo de la Competencia de la existencia de esta infracción se la eximió de multas conforme al programa de clemencia”.

español, y en aplicación del C.c., el plazo se prorrogaría simplemente 1 año. En el momento en el que oficialmente se publique dicha decisión, se abrirá este plazo, permitiendo que todos los afectados (incluidos clientes de las otras marcas pertenecientes al cártel) puedan denunciar a Scania, y ésta tome después las medidas oportunas para que el otro fabricante le reembolse la indemnización que ésta tuvo que satisfacer. Esto es lo que se conoce como la figura de la “solidaridad plena” (recogida en la directiva de daños), lo que supone que perjudicados de otras empresas puedan demandar a Scania por el daño que las primeras han causado, al formar ésta parte del cártel.

El RD 9/2017 contempla la responsabilidad solidaria de aquellas empresas que vulneren conjuntamente el Derecho de la competencia. No debemos de olvidarnos de la excepción a la responsabilidad recogida en el artículo 73 para aquellas empresas que cumplan unos determinados requisitos, como hemos visto en el epígrafe 3.4. Según CARRASCO PERERA y atendiendo al artículo 11.1 de la Directiva 2014/104 se establece que “las empresas que hayan infringido el Derecho de la competencia por una conducta conjunta sean conjunta y solidariamente responsables por los daños y perjuicios ocasionados por la infracción del Derecho de la competencia, como consecuencia de lo cual cada una de las empresas estará obligada a indemnizar plenamente por el perjuicio causado, y la parte perjudicada tendrá derecho a exigir el pleno resarcimiento de cualquiera de ellas hasta que haya sido plenamente indemnizada”.²⁰

4. Irregularidades contables

Abandonamos ahora el tema relacionado con el cártel de camiones para centrarnos en la cuarta cuestión objeto de análisis de este supuesto práctico, siendo por tanto el objeto de este apartado el estudio de la conducta llevada a cabo por D. Fernando S., director de FIAT Chrysler España. Dicha conducta consiste en dar de baja de la contabilidad de la sociedad un elemento de inmovilizado material con un valor de cuatro millones de euros, dándolo de alta en una sociedad denominada PROINMNOR, S.A., dedicada a la actividad inmobiliaria, de la cual eran únicos accionistas el susodicho y su esposa, D^a Margarita A.

Para comenzar, haremos una breve introducción de los delitos que vamos a estudiar en este apartado, posteriormente pasaremos a explicarlos detenidamente y hablaremos de la posibilidad de la existencia de un concurso de delitos, sin olvidar el plazo de prescripción de dichos delitos para que FIAT Chrysler España ejercite las acciones pertinentes.

4.1. Introducción

Cabe comenzar esta parte del trabajo recordando que el Código Penal de 1995 fue profundamente reformado, sobre todo en lo relativo a los delitos societarios, por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo. Con ella, se incorpora el delito genérico de “administración desleal” del artículo 252, que hasta el momento se castigaban con la aplicación del artículo 295; y se modifica el delito de “apropiación indebida” del nuevo artículo 253.

²⁰ CARRASCO PERERA, A. (2018): *Responsabilidad civil solidaria de los miembros de un cártel*. (BIB 2017/43639). *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm.1, 2018, p.1.

El problema que radica aquí es que a pesar de que la jurisprudencia y la doctrina tienen tipificadas las conductas que se incluían en el antiguo 295 CP, no hay una única postura pacífica²¹. Existe aquí una controversia, y es la distinción entre la apropiación indebida y la administración desleal.

En el caso concreto, estamos hablando de una alteración contable en TRANSLOGIC S.A., con su posterior perjuicio económico, ejecutada durante el ejercicio correspondiente al 2014, por lo que el hecho delictivo se produce con anterioridad a la reforma del Código Penal de 1995. Por ello, debemos analizar tanto la figura de la apropiación indebida y la administración desleal anterior y posterior a la reforma, ya que el artículo 2 CP contempla que “[...] tendrán efecto retroactivo aquellas leyes penales que favorezcan al reo [...]”. Por lo tanto, es importante atender a la pena que impone una y otra conducta para atender a si la más favorable es la anterior o la posterior tras la reforma (en cuyo caso se aplicaría ésta a pesar de que la conducta punitiva se ejecutase con anterioridad a la vigencia de dicha norma).

4.2. Apropiación indebida y la administración desleal.

4.2.1. Anterior a la reforma de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo

Es importante matizar aquí la existencia de dos tipos de administradores: administradores de hecho y administradores de derecho, según la redacción anterior del artículo 290 CP. Es administrador de derecho aquella persona física a la que la ley le atribuye una serie de competencias propias de un administrador. Mientras que el administrador de hecho es el que aparenta ser representante de la entidad, sin serlo, y ejerce el dominio sobre la sociedad en la que se protege el bien, con el reconocimiento de sus facultades por la misma, pero no por la ley. CASTRO MORENO establece que a efectos prácticos ambos ejercen la misma potestad sobre el patrimonio de una sociedad.

Si analizamos la trayectoria de estos dos delitos, cabe apreciar cómo inicialmente la jurisprudencia no distinguía ambas figuras, definiendo de forma genéricamente la “apropiación”²². Este se regulaba en el artículo 535 del Decreto 3096/1973, de 14 de septiembre, por el que se publica el Código Penal, texto refundido conforme a la Ley 44/1971, de 15 de noviembre. Esta disposición en realidad comprendía, por un lado, la apropiación y, por el otro, la distracción de bienes ajenos.²³

Posteriormente, el TS fue determinando dos modalidades dentro de esta figura, de manera que los actos que se sancionaban en el delito de “apropiación indebida” eran distintos de los que podría realizar un administrador, por lo que aparece el tipo de “administración desleal”. Por ello, el Código Penal de 1995 introduce el delito de administración desleal dentro de los delitos societarios. La pena de esta nueva modalidad es inferior a la

²¹ VIVES, A.; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.; GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (Coordinador).: *Derecho penal. Parte especial*, Ed. Tirant lo Blanch (4ª ed.), Valencia, 2015, pp. 430-431.

²² Esta situación fue reconocida tardíamente por la jurisprudencia. En la STS 14-3-94 se advirtió que el tipo del art.535 -EDL 1995/16398- contenía dos acciones, la clásica de apropiación de dinero o bienes y otra, referida exclusivamente al dinero, que se produce mediante una gestión desleal “cuando habiéndose recibido una cantidad de dinero se distrae de cualquier forma”.

²³ Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de febrero de 1974 y Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 1975.

establecida para el delito de apropiación indebida, lo que da lugar a la necesidad de diferenciar ambas conductas.

El primer intento de deslinde se produce con la STS (Sala de lo Penal) 224/1998 de 26 de febrero (RJ 1998/1196) conocida como el caso *Argentia Trust*, donde se determina que ambos tienen numerosas características en común, pero que no todos los actos de administración desleal se pueden tipificar como apropiación indebida.

Posteriormente, en la STS (Sala de lo Penal) 867/2002 de 29 de julio (RJ 2002/6357), el caso *Banesto*, se describe que el administrador se encuentra en un punto intermedio entre ambos tipos, de manera que en la administración desleal se castiga una conducta que vulnera la confianza y la fidelidad que una sociedad deposita en un administrador; mientras que en la apropiación indebida se tutela el patrimonio de personas, físicas o jurídicas, frente a actos de adjudicación. De esta manera, en los supuestos en los que el administrador ejecute conductas que consistan en la apropiación de bienes de una sociedad, realizará la conducta típica de la apropiación indebida, mientras que en el resto de conductas se produce administración desleal.

Esta distinción se consigue deslindar a través de sentencias posteriores.

La STS (Sala de lo Penal, sección 2ª) 915/2005, de 11 de julio, aplica la diferenciación a partir del tipo de deslealtad (extensiva o intensiva) llevada a cabo por el autor, de manera que: en la administración desleal el exceso es intensivo, ya que el administrador está dentro del ejercicio de sus funciones como administrador, haciéndolo fraudulentamente dentro de unos límites que se establecen en sus funciones, aunque de una forma desleal, en beneficio propio o de terceros, causando un perjuicio a la sociedad al disponer de los bienes de la misma o estableciendo obligaciones para la sociedad; mientras que en la apropiación indebida se trata de un exceso extensivo, ya que actúa fuera de su ámbito de actuación. En el mismo sentido nos encontramos con la STS (Sala de lo Penal, sección 2ª) 841/2006, de 17 julio, y la STS (Sala de lo Penal, sección 2ª) 565/2007, de 4 junio²⁴.

Otro intento de diferenciación es la llevada a cabo por la STS 462/2009 (Sala de lo Penal, sección 1ª), de 12 mayo (RJ 2009/4863), en la que se atiende al objeto de ambas figuras, de manera que el artículo 252 CP se refiere al supuesto de disposición de dinero o de activos patrimoniales; mientras que el artículo 295 CP abarca dos supuestos: el primero se refiere a la disposición de los bienes de una sociedad prevaleciendo de la posición de administrador, y la segunda, la celebración de negocios jurídicos que supongan un perjuicio a la sociedad valorable económicamente, primando también el abuso de la función de administrador.

Otras sentencias establecen la diferencia atendiendo a la estructura del tipo y del bien jurídico protegido. De manera que en la administración desleal el administrador dispone de los bienes de la sociedad ejerciendo sus facultades como administrador, siendo una facultad que le está jurídicamente reconocida. El hecho ilícito es el ejercicio abusivo de sus funciones. Mientras que en la apropiación indebida se trata de una actuación fáctica o de hecho, ya que se excede de los límites jurídicos del título que posee. Además, el bien jurídico es distinto, ya que en la administración desleal no sólo se protege la propiedad

²⁴ Consultadas en <https://supremo.vlex.es>

en sí, sino el patrimonio que le pertenece a la sociedad; mientras que en la apropiación indebida, lo que se defiende es la propiedad (en sentido estático).

Finalmente, antes de la reforma, el criterio por el que se inclina el TS para diferenciar ambos delitos es en función del grado del ilícito, de manera que se tratará de apropiación indebida cuando la expropiación del bien sea definitiva, mientras que se tratará de administración desleal cuando el ilícito no suponga un incumplimiento definitivo de la obligación de devolver el bien.

Así, en la STS 476/2015 de 13 julio (RJ 2015/3592) se establece la diferencia entre el delito de administración desleal y el de apropiación indebida al disponer que “cuando el acusado dispone con carácter definitivo del dinero que se le entregó en administración, actuando con vocación de permanencia y sin visos de retorno, ha de aplicarse el delito de apropiación indebida en la modalidad de distracción (art. 252 CP). Se aplica el delito societario del art. 295 CP cuando el administrador incurre en un abuso fraudulento en el ejercicio de sus facultades por darle un destino al dinero distinto al que correspondía, pero sin el ánimo de disponer de forma definitiva del mismo en perjuicio de la sociedad, de modo que cuenta con un retorno que después no se produce”. Esta distinción se emplea en el mismo sentido en la STS 719/2015 de 10 noviembre (RJ 2016/96).

Finalmente, en la STS 435/2016, de 20 de mayo (RJ 2016/2660) se distinguen ambas figuras considerando que en la apropiación indebida la conducta de los administradores supondrá una expropiación definitiva de los bienes de la sociedad; mientras que en la administración desleal la conducta de dicho sujeto no implica necesariamente la privación con pérdida definitiva de los elementos patrimoniales. Con motivo de esta diferencia se establece la correspondiente diferencia punitiva, que no tendría lugar si las conductas fuesen similares.

4.2.2. Posterior a la reforma de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo

La reforma se aprovecha asimismo para delimitar con mayor claridad los tipos penales de administración desleal y apropiación indebida. Se deroga el artículo 295 CP que recogía el delito societario de “administración desleal” y da una nueva redacción a éste delito en el artículo 252 CP. De igual forma, en los artículos 253 CP y 254 CP se tipifica el delito de “apropriación indebida”.

En los artículos que contemplan la “apropriación indebida” se castiga la apropiación definitiva de dinero o de otro bien mueble recibido mediante título que comprenda la obligación de devolverlo, eliminando de la redacción anterior “la posesión en concepto de administración”. De esta manera, si lo que se entrega hay que devolverlo y se produce un incumplimiento definitivo de la obligación de devolverlo, estamos en el supuesto de apropiación indebida; mientras que si el bien se entrega para administrarlo, estamos en un supuesto de administración desleal.

La nueva descripción del artículo 252 CP de la “administración desleal” es demasiado genérica, de manera que es necesario precisar las conductas que comprende. Según lo anterior, este tipo se consolida cuando un bien se entrega para administrar y se emplea para un fin diferente del establecido.

En la Exposición de Motivos de la LO 1/2015 se establece que “a través de este delito se intenta proteger el patrimonio en general, sancionándose las extralimitaciones en el ejercicio de las facultades de disposición sobre ese patrimonio ajeno”, de manera que se establecen tres elementos para que se consolide la conducta punible de la “administración desleal”:

- a) Se debe de tener un cargo de administrador o similar en una sociedad que suponga desempeñar funciones de administración sobre un patrimonio ajeno;
- b) Extralimitarse en la ejecución de las facultades de dicho cargo;
- c) Haber provocado un perjuicio a dicho patrimonio o entidad.

4.2.3. Conclusión

Llegados a este punto, debemos encuadrar la conducta punible de D. Fernando como una apropiación indebida, ya que atendiendo a la evolución jurisprudencial de la distinción entre la apropiación indebida y la administración desleal, cabe decir que el hecho de dar de baja de la contabilidad del fabricante FIAT Chrysler España por valor de 4 millones de euros, supone una expropiación definitiva del bien de FIAT Chrysler España, así como una actuación fáctica o de hecho, ya que se excede de los límites jurídicos del título que posee como Administrador.

Una vez que tenemos determinada en qué tipo delictual se encuadra esta conducta, cabe determinar ahora si se aplica la apropiación indebida tipificada en el Código Penal anterior o si es más favorable para el reo la redacción posterior a la reforma.

D. Fernando S. debe ser enjuiciado en virtud del tipo recogido en el artículo 252.1. CP, donde se dispone que “serán castigados con las penas del artículo 249 ó 250, en su caso, los que en perjuicio de otro se apropiaren o distrajeren dinero, efectos, valores o cualquier otra cosa mueble o activo patrimonial que hayan recibido en depósito, comisión o administración, o por otro título que produzca obligación de entregarlos o devolverlos, o negaren haberlos recibido [...]”. Por lo tanto, atendiendo a las penas de ambos, debemos atender a lo dispuesto en el artículo 250.1.5º CP donde se establece que “[...] será castigado con las penas de prisión de un año a seis años y multa de seis a doce meses, cuando: [...] cuando el valor de la defraudación supere los 50.000 euros”.

Por su parte, la redacción actual de la apropiación indebida recogida en el artículo 253.1 del CP vigente, dispone que “serán castigados con las penas del artículo 249 o, en su caso, del artículo 250, salvo que ya estuvieran castigados con una pena más grave en otro precepto de este Código, los que, en perjuicio de otro, se apropiaren para sí o para un tercero, de dinero, efectos, valores o cualquier otra cosa mueble, que hubieran recibido en depósito, comisión, o custodia, o que les hubieran sido confiados en virtud de cualquier otro título que produzca la obligación de entregarlos o devolverlos, o negaren haberlos recibido”. A diferencia de la redacción anterior, se incluye el hecho de que se apropie para uno mismo o para un tercero; y además, se elimina el título de administrar dichos bienes, ya que para eso se tipifica la administración desleal. Si ahora atendemos a la pena que se impone en el artículo 250.2 CP tras la reforma, se establecen unas penas de prisión de cuatro a ocho años y multa de doce a veinticuatro meses en el supuesto de que la defraudación exceda de los 250.000 euros. Frente a esto, vemos que la redacción actual es más desfavorable para el reo, por lo que se aplica la redacción anterior a la reforma, debido al principio de irretroactividad de la norma penal recogida en el artículo 2 CP.

4.3. Delito de falseamiento de cuentas anuales

El delito de falseamiento de las cuentas anuales se encuentra tipificado en el artículo 290 CP, el cual presenta como acción típica el “falsear”, comprendiendo cualquiera de sus modalidades (enumeradas en el artículo 390.1 CP).

En relación con el término “falsear”, podemos atender en la STS 884/2016 de 24 noviembre (RJ 2016/5633) donde se especifica que “solo cabe falsear lo que es susceptible de ser tenido por verdadero. Cuando se trata de juicios de valor, aunque pueda predicarse la incorrección, no puede decirse que su enunciado sea o no falso. Y en contabilidad, además de datos, se manejan juicios de valor. Como los que corresponde emitir sobre la calificación contable de un dato de hecho. De tal suerte que el resultado de unas cuentas puede ser incorrecto, sin falsedad, si las partidas no son correctamente consideradas desde esa perspectiva”.

Concretamente, cuando hablamos de falseamiento de cuentas estamos hablando de los supuestos en los que la documentación no refleja la imagen fiel, veraz y transparente de la sociedad.

En relación con esto es importante mencionar las SSTS 655/2010 de 13 julio (RJ 2010/7340) y 228/2016 de 17 marzo (RJ 2016/1096), disponiéndose en la primera que “el objeto material sobre el que debe recaer este delito, con el que se trata de fortalecer los deberes de veracidad y transparencia que en una libre economía de mercado incumben a los agentes económicos y financieros, se determina en la definición legal con un “*numerus apertus*” en el que sólo se singularizan, a modo de ejemplo, las cuentas anuales, esto es, la que el empresario debe formular al término de cada ejercicio económico y que comprenden el balance, la cuenta de pérdidas y ganancias y la memoria. Entre los demás documentos cuyo contenido no puede ser falseado so pena de incurrir en el tipo del art. 290 CP se encontrarán, sin que esto signifique el cierre de la lista de los posibles objetos del delito, los libros de contabilidad, los libros de actas, los balances que las sociedades que cotizan en Bolsa deben presentar a la Comisión Nacional del Mercado de Valores, los que las entidades de crédito deben presentar al Banco de España y, en general, todos los documentos destinados a hacer pública, mediante el ofrecimiento de una imagen fiel de la misma, la situación económica o jurídica de una entidad que opera en el mercado.”

Por ello, este falseamiento puede efectuarse sobre “las cuentas anuales” o sobre cualquier “otro documento” que pueda reflejar “la situación jurídica o económica de la entidad”, de manera que implica la alteración del balance, de la cuenta de pérdidas y ganancias, de la memoria, del informe de gestión, de la propuesta de aplicación de resultado o de las cuentas consolidadas o cualquier otro documento destinado a hacer pública la imagen fiel de la entidad, tratándose por tanto de una enumeración abierta.

En el artículo 290 CP se castiga con penas de prisión de entre uno a tres años a los administradores de una sociedad (ya sean de hecho o de derecho) que alteren las cuentas anuales de la misma de manera que no reflejen su situación real para causar un perjuicio económico ya sea a la propia sociedad, a uno de los socios o a un tercer implicado.

Respecto al bien jurídico protegido han surgido varias opiniones. Así, un sector considera que el bien jurídico protegido es el patrimonio de la empresa y de los socios (lo que daría lugar a una primacía sobre la anticipación de la posible lesión en lugar de proteger la

transparencia en la información). Mientras que, para otros autores, el bien que se protege es el derecho a que los socios o terceros vinculados con la sociedad tengan acceso a una información transparente y veraz de la misma. Sin embargo, autores como MARTÍNEZ-BUJÁN consideran que el bien jurídico protegido engloba tanto el patrimonio sociedad, así como “la funcionalidad del propio documento” que contiene la realidad de la entidad, garantizando una imagen fiel a los socios y terceros²⁵.

Del mismo modo, el TS en su Sala 2ª consolida una jurisprudencia en la que se decanta por las tesis pluriofensivas (en línea con lo defendido por MARTÍNEZ-BUJÁN) pero con ciertas diferencias. En una de sus primeras sentencias, concretamente la STS (Sala de lo Penal) 867/2002 de 29 de julio (caso Banesto) (RJ 2002/6357) dispone que el hecho de que las entidades reflejen su situación económica real no es un simple formalismo. Por ello, considera que el bien jurídico que se protege es la propia sociedad perturbada por el infractor. Esto supone una amenaza para la confianza en el propio sistema económico. Por ello “la intervención del derecho penal, en los casos en que las cuentas y balances no responden a la verdadera situación de las empresas, está plenamente justificada ya que nos encontramos ante una actividad falsaria, que, alterando elementos esenciales de documentos mercantiles, lesiona y vulnera bienes jurídicos, que no pueden quedar desamparados, ya que como hemos, dicho afecta a los intereses de la comunidad.”

Más recientemente, el TS en sus sentencias 822/2015 de 14 diciembre (RJ 2015/5820) y 228/2016 de 17 marzo (RJ 2016/1096) dispuso brevemente que “la doctrina señala como bienes jurídicos a tutelar tanto el tráfico mercantil como los intereses económicos de las sociedades, de sus socios y de las personas que se relacionan con ellos”.

Volviendo a la disposición en sí, ésta diferencia dos subtipos: en el primer párrafo se contiene la simple falsedad documental, sin necesidad de que se haya producido el perjuicio, siendo por tanto un subtipo de mera actividad; mientras que en el segundo párrafo se contiene un tipo agravado, al atenderse a que se haya producido dicho perjuicio, es decir, un subtipo de resultado. Esta distinción se encuentra apoyada por la STS 228/2016 de 17 marzo (RJ 2016/1096).

Entre los requisitos que se deben de cumplir para darse este tipo, debemos de atender a los exigidos por el Tribunal Supremo en su Sentencia 696/2012 de fecha 26 de septiembre (RJ 2012/9453), siendo de dos tipos:

- Por un lado, encontramos los requisitos sustantivos, siendo éstos que 1) el sujeto se trate del administrador de la sociedad; 2) la conducta se ejecute sobre las cuentas anuales o cualquier otro documento que reflejan la situación económica o jurídica de la sociedad; 3) la alteración sobre dichos documentos sea idónea para causar un perjuicio a la entidad, a los socios o a cualquier tercero;
- Y por el otro, tenemos un único requisito procesal: únicamente que medie la denuncia exigida en el art. 296 CP.

De igual forma, la STS 863/2009 de 16 julio (RJ 2009/6989) establece como requisitos para que se consolide la falsedad recogida en el artículo 290 CP: 1) que se altere la situación económica o jurídica de la sociedad y 2) que pueda ocasionar un perjuicio económico a la entidad, o a los integrantes de la misma.

²⁵ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho Penal Económico y de la Empresa*, Ed. Tirant lo Blanc (5ª ed.), Valencia, 2016, p. 462.

Es importante establecer que este delito se trata de un delito especial, ya que sólo puede ser ejecutado por el sujeto que tenga la condición de administrador de hecho o de derecho, como bien se dispone en la STS 1217/2004 de 2 noviembre (RJ 2004/8091).

En nuestro caso concreto, nos encontramos ante un administrador de derecho, ya que ejerce su función en virtud de un título válido jurídicamente. A pesar de haber definido anteriormente el concepto, podemos apoyarnos también en la definición que da la STS 816/2006 de 26 julio (RJ 2006/7317) donde se establece que “por administradores “de derecho” se entiende en cada sociedad los que administran en virtud de un título jurídicamente válido y en la sociedad anónima los nombrados por la Junta General (art. 123 LSA) o los que pertenezcan al órgano de administración de la sociedad inscrita en el Registro Mercantil”.²⁶

Por lo tanto, podemos concluir este epígrafe indicando que también es aplicable a la conducta de D. Fernando S. recogido en el artículo 290 CP, tratándose de un delito de falseamiento de cuentas, donde además de haber alterado la imagen fiel de la sociedad, se ha producido un perjuicio económico, aplicándose por tanto el tipo agravado recogido en el apartado segundo de dicha disposición (imponiéndose la pena en su mitad superior).

4.4. Concurso de delitos

Tenemos que diferenciar en este punto, por un lado, lo que dispone la jurisprudencia de nuestro TS, y por el otro, la opinión de una parte de la doctrina, así como la argumentación de otro sector doctrinar entre el que se encuentra MARTÍNEZ- BUJÁN PÉREZ.

En la STS 413/2009 de 11 marzo (RJ 2009/4822), el criterio jurisprudencial estipulado es la aplicación de un concurso medial entre el delito de apropiación indebida y el delito de falsedad de cuentas anuales, que se debe resolver por la aplicación del criterio de que el delito con la pena más elevada excluye al delito con pena inferior, según lo que se recoge en el artículo 8.4 CP.

Por su parte, una parte de la doctrina afirma que el delito de falseamiento de las cuentas anuales agravado del artículo 290.2 es especial frente al delito de apropiación indebida en los supuestos en el que el perjuicio a la sociedad sea un único perjuicio. Sin embargo MARTÍNEZ- BUJÁN PÉREZ considera que no cabe esta especialidad, ya que el delito de falsedad de cuentas anuales no recoge todos los supuestos de la apropiación.²⁷

4.5. Prescripción

Según el artículo 130.1.6º, la responsabilidad del sujeto activo finaliza por varias causas, encontrándose en el puesto número 6 la prescripción de dicho delito. Atendiendo ahora a lo dispuesto en el artículo 131.1 CP, el delito de falsedad de las cuentas anuales recogido en el artículo 290, prescribirá a los 5 años, ya que se engloba en el cajón de sastre que contiene el último apartado del 131.1 CP. Sin embargo, el delito de apropiación indebida prescribe a los 10 años, ya que la pena de prisión es superior a los cinco años pero inferior a los diez.

²⁶ Esta definición también se recuerda de nuevo en la Sentencia del Tribunal Supremo número 655/2010 de 13 julio (RJ 2010/7340).

²⁷ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho Penal Económico y de la Empresa*, op, cit, p. 32.

5. Contrato de leasing

En este último punto abordaremos la controversia originada entre TRANSLOGIC, S.A. y SEUDBANK, S.A. en relación al contrato de arrendamiento financiero con opción de compra. En ese contrato se establece adicionalmente una cláusula de vencimiento anticipado en el supuesto en el que hubiese algún impago de cuotas. Asimismo, se estipula en una de sus cláusulas un interés moratorio del 2% mensual, lo que equivale a un interés anual del 26,8242%. TRANSLOGIC, S.A. aceptó estas condiciones debido a las dificultades económicas por las que estaba atravesando.

El problema surge en el momento en el que TRANSLOGIC, S.A. sufre dificultades para hacer frente a dichas cuotas y, tras las primeras 15 cuotas, finalmente no es capaz de satisfacerlas. SEUDBANK, S.A. en ese momento insta un procedimiento ejecutivo, del que se dicta la sentencia del 20 de diciembre. Entonces, ¿este contrato realmente es nulo en aplicación de la ley de usura? Esto es lo que pasaremos a desglosar en los siguientes apartados, hablando, en primer lugar, de la jurisdicción competente, en segundo lugar, de la hipótesis de la nulidad del contrato de leasing, en tercer lugar, de las consecuencias que supondría el hecho de la nulidad del contrato, y, finalmente, de las acciones de defensa a las que podría aferrarse SEUDBANK, S.A..

5.1. Jurisdicción competente

Debemos hacer hincapié en los argumentos que se han dado en el epígrafe 3.1, ya que se dan los fundamentos necesarios para determinar cuál será la jurisdicción competente, la competencia objetiva y la competencia territorial.

Debemos decir que la **jurisdicción competente es la civil**. Para ello debemos traer a colación el artículo 36.1 LEC, el cual remite a la LOPJ a la hora de determinar los límites de la jurisdicción civil. Atendiendo ahora a la LOPJ, en su artículo 9.2 se establece que será ésta la que haga la función residual, es decir, cuando los asuntos no estén asignados a otra jurisdicción concreta. Atendiendo a lo contenido en la misma ley, en su artículo 21.1 se establece que serán los tribunales civiles los competentes a la hora de conocer de litigios que se originen en territorio español, siempre que no se disponga lo contrario en los tratados internacionales ratificados por España.

Para indicar cuál es la **competencia territorial** de este asunto, debemos hacer referencia al artículo 51.1 LEC, según el cual las personas jurídicas se demandarán en el lugar en el que radique su domicilio social. Pero también cabe demandar en el lugar en el que nazca la relación jurídica o dónde surta efectos, siempre que la empresa tenga en dicho lugar un establecimiento abierto al público o un representante con capacidad para poder representarla. Serán competentes los tribunales españoles porque es en España donde nace la relación jurídica, así como el lugar en el que el contrato surte efectos.

Respecto a la **competencia funcional** será el juez de primera instancia el que conocerá del asunto. La competencia de los Juzgados de Primera Instancia se regula en el artículo 45.1 LEC al disponer que “corresponde a los Juzgados de Primera Instancia el conocimiento, en primera instancia, de todos los asuntos civiles que por disposición legal expresa no se hallen atribuidos a otros tribunales”.

5.2. Nulidad del contrato

En el caso práctico, nos encontramos con el supuesto de un contrato atípico, el contrato de leasing. Cabe destacar el hecho de que en el supuesto concreto estamos ante un contrato de carácter mercantil, ya que, según el artículo 311 del Código de Comercio goza de esta consideración aquel contrato en el que alguno de los contratantes tenga la consideración de comerciante o si las cosas que se presten como objeto de ese contrato se destinase al comercio.

Cabe mencionar aquí el régimen de la usura, protegido por la Ley de 23 de julio de 1908, de la Usura, la cual protege a todo aquel que sufra la imposición de un tipo de interés notablemente superior al interés normal del dinero o que sea desproporcionado en atención a las circunstancias del supuesto concreto. Concretamente, en el artículo 1 de esta ley se establece que “será nulo todo contrato de préstamo en que se estipule un interés notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso o en condiciones tales que resulte aquél leonino, habiendo motivos para estimar que ha sido aceptado por el prestatario a causa de su situación angustiosa, de su inexperiencia o de lo limitado de sus facultades mentales”.

Con este tipo de regulación, en el fondo lo que se está analizando es que, si el derecho debe respetar lo que las partes pacten o, en determinados supuestos, no.

En atención al tipo de interés, ¿qué debe hacer el derecho al respecto? Algunos países de nuestro entorno establecen un límite objetivo al tipo de interés; mientras que, en otros, como en el caso de España, existe un sistema subjetivo, es decir, que no hay un límite máximo o un techo a partir del cual se considere que existe usura, sino que se sigue un sistema en el que se atiende a que el tipo de interés sea razonable. Según el profesor RODRÍGUEZ-LOSADA PÉREZ-MONTERO, durante la edad media, el tipo de interés estuvo prohibido, se exigía que los contratos fuesen equilibrados (como en la compraventa se exigía que los contratos fuesen justos). A lo largo de los años se ha ido introduciendo que era justo y equilibrado que el prestamista recibiera intereses ya que la moneda pierde valor y el prestamista asume unos riesgos. Por lo tanto, a finales de la edad media se establece un tope del 6%. Hoy en día los intereses se estipulan libremente entre partes, por ello surge la necesidad de contemplar la existencia de la Ley de la usura para poder controlar el exceso en el tipo de interés.

Los requisitos para que un préstamo sea remitido como usurero son:

1. El préstamo se haya pactado con un interés notablemente superior al normal según las circunstancias del caso. El tipo de interés normal de un préstamo depende del tipo de riesgo, por lo que aparece aquí un criterio subjetivo. Este sistema que tenemos en España genera cierta inseguridad jurídica porque es muy complejo conocer cuál es el tipo de interés admisible.
2. Que el préstamo sea leonino en cuanto a sus condiciones, no en cuanto al tipo de interés. El préstamo leonino es el que ha sido aceptado por el prestatario en atención a la angustia de su situación, a su inexperiencia o a sus facultades mentales limitadas.
3. Se documenta en el contrato que se ha recibido una cantidad mayor de la realmente recibida.

El Supremo establece en la STS 539/2009, de 14 de julio²⁸ que la nulidad del contrato debería calificarse como radical, absoluta y originaria. Esto se debe a que no es subsanable y tampoco es susceptible de prescripción extintiva.

Y a pesar de que el contrato de leasing es un contrato atípico, en el artículo 9 de la Ley de Usura se establece que “lo dispuesto en esta ley se aplicará a toda operación sustancialmente equivalente a un préstamo de dinero, cualesquiera que sean la forma que revista el contrato y la garantía que para su cumplimiento se haya ofrecido”, de manera que también podemos entender que esta clase de operación está protegida por esta.

Además, el artículo 3 de la Ley de Usura indica que “el prestatario estará obligado a entregar tan sólo la suma recibida”. Además continúa diciendo que “si hubiera satisfecho parte de aquélla y los intereses vencidos, el prestamista devolverá al prestatario lo que, tomando en cuenta el total de lo percibido, exceda del capital prestado”. Por lo tanto, el contrato de leasing no puede caer en usura porque si lo hace, el prestatario no tiene que pagar intereses, sino que entrega la cifra sin intereses, habiendo una sanción al usurero. De manera que TRANSLOGIC, S.A. no tendría que devolverle a SEUDBANK, S.A. más que la suma recibida.

Esta normativa de represión de la usura es compatible con la Ley de Protección de Consumidores y Usuarios, pero como hemos adelantado, en este supuesto nos encontramos ante un contrato mercantil donde ambas partes son sociedades, de manera que no cabe aquí la aplicación de la Ley de Protección de Consumidores y Usuarios.

Esto no implica que la Ley de la Usura no se aplique en el supuesto de los contratos mercantiles, ya que la STS 985/1994 de 8 noviembre (RJ 1994\8477) establece que “el problema que [...] plantea el presente motivo se reduce [...] a determinar si nuestro ordenamiento jurídico permite que las partes, al celebrar un contrato de préstamo mercantil con intereses, puedan estipular expresamente que los intereses vencidos y no satisfechos se acumulen al capital para seguir produciendo los intereses pactados, lo que doctrinalmente se conoce como pacto de anatocismo. La respuesta que ha de corresponder al enunciado problema es de sentido afirmativo. [...] los intereses pactados, como ya se tiene dicho, que oscilaban entre el 6% y el 19% no pueden merecer la calificación de usurarios. [...] las dos sentencias que las recurrentes invocan [...] se refieren [...] a establecer que las operaciones mercantiles no quedan al margen de la Ley de Usura de 23 julio 1908, aunque al estar las mismas presididas por la idea de lucro, deba autorizarse para ellas una mayor libertad de contratación y aplicarse la norma especial tan sólo cuando circunstancias muy calificadas revelen el carácter usurario del caso litigioso, lo que no ocurre en el supuesto aquí contemplado”.

A su vez, debemos diferenciar entre dos términos: los intereses remuneratorios, que son aquellos que se abonan como remuneración por el capital préstamo y sobre los que no cabe un límite legal mientras no sea abusivo; y los intereses moratorios, aquellos que se cobran como indemnización por incumplimiento de la satisfacción de las cuotas en el plazo establecido. En este último tipo, en el caso de contratos de préstamo comercializados con particulares, en el artículo 20 de la Ley 16/2011 de Contratos y Créditos al Consumo se dispone que el interés moratorio no puede exceder de 2,5 veces el interés legal del dinero vigente en el momento de la contratación, lo que sí excedería

²⁸ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) número 539/2009, de 14 de julio (RJ 2009/4467)

en este supuesto práctico. Tampoco cabe aplicar aquí la Ley 1/2013, pero sí nos da una referencia para atender a la abusividad del tipo de interés. Dispone ésta que una cláusula será nula si supera el triple del interés legal del dinero predominante en ese periodo, ley que sí resulta de aplicación en nuestro supuesto práctico.

Entonces, ¿cómo determinar que, en este supuesto, el contrato de arrendamiento financiero firmado entre TRANSLOGIC, S.A. y SEUDBANK, S.A. es usurero? Pues teniendo en cuenta que la tasa mensual efectiva es del 2%, haciendo el cálculo pertinente, la tasa anual efectiva equivale a un 26,8242%. Si prestamos atención a la Ley 1/2013, para que sea usurero debe superar el triple del interés legal del dinero durante ese periodo, de manera que siendo de **3,50% el interés legal** del dinero en el 2015, y siendo el **interés de demora de un 4,375%**²⁹, el contrato de leasing sería usurero, pero, como hemos dicho en el párrafo anterior, esta ley no resulta de aplicación en este supuesto.

En el caso concreto, se trata de un interés leonino, ya que existen motivos para considerar que efectivamente existe una situación delicada para que TRANSLOGIC acepte el elevado tipo de interés. La aceptación por este tipo de situaciones se argumenta en la STS 1138/1995 de 17 noviembre (RJ 1995/8037), que sostiene que cuando el prestatario firma un contrato de este tipo “a causa de su situación angustiosa [...] dará lugar a la nulidad civil del préstamo, pero no a la sanción penal”. Además, la STS 36/1994, de 18 de enero (RJ 1994/30), estipula que “la naturaleza usuraria de la operación se desprende no sólo del excesivo interés, sino de la grave necesidad de la prestataria”.

Lo que resultará fundamental en este punto será la parte probatoria por ambas partes, ya que el artículo 217.2 LEC impone la obligación de la carga de la prueba de los hechos al demandante, en este caso TRANSLOGIC.

Partiendo de este hecho, es importante hablar de la vinculación que presenta con el caso real el supuesto contemplado en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya 166/2012 de 8 marzo (JUR 2014/152333) donde también se habla de la situación de aparente necesidad de la mercantil demandante. A continuación, se muestra un pequeño fragmento de la situación de la misma, en el que se dispone que “es inconcuso que el actor se encontraba en una situación económica apremiante y que tal situación le determinó a acudir a los demandados para conseguir efectivo con el que afrontar de inmediato las deudas de origen diverso que le acuciaban y también que el único cauce para obtener una pronta financiación era el anunciado por los actores, pues de haber sido factible la obtención de un préstamo bancario, el actor habría acudido a una entidad bancaria como lo había hecho en anteriores ocasiones, y es oportuno reseñar que el contenido de las actuaciones revela que cuando el actor concertó el préstamo con los demandados tenía pendientes de pago cuotas vencidas de préstamos concertados con el Banco Popular con garantía hipotecaria, deudas con BCSH y con otras entidades de crédito no identificadas y con el Consorcio de Compensación de Seguros”

Sin embargo, en este caso, la sentencia falla a favor del Grupo de Asesoramiento en Créditos del Norte debido a que la prueba aportada por la mercantil no fue fehaciente.

Además, igual que en el caso anterior, otro ejemplo de contratos mercantiles es el supuesto que se recoge en la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil Bilbao (Provincia de

²⁹ Ley 36/2014, de 26 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2015. Preámbulo X.

Vizcaya) 217/2016 de 15 julio (JUR 2016/231307), en la cual se hace mención de lo establecido por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Ourense (sección 1ª), 415/2014 de 10 octubre (JUR 2014/278133) en lo referente a que “la condición de empresaria de la prestataria y la asunción de riesgos “son inoperantes a efectos de declaración de la nulidad” cuando la cantidad fijada como intereses es objetivamente usuraria.

Por otro lado, que el préstamo haya situado a los acreedores [...] en una situación más favorable a la que hubieran tenido de no concertarse la operación no excluye su carácter usurario, máxime cuando se ha constatado no sólo la existencia de un interés notablemente superior al normal del dinero y desproporcionado a las circunstancias del caso, sino una situación que puede calificarse de angustiosa y que condujo a su aceptación [...]”.

Por lo tanto, además de atender al interés moratorio del leasing, si TRANSLOGIC, S.A. es capaz de demostrar su aparente situación de necesidad en el momento en el que firmó el contrato con SEUDBANK, S.A., el contrato de leasing sería nulo.

5.3. Consecuencias de la nulidad: devolución de los intereses.

Las consecuencias que supondría el hecho de que se declarase nulo el contrato de arrendamiento entre TRANSLOGIC y SEUDBANK, S.A. sería la devolución de los intereses pagados desde el momento en que se firmó el contrato de leasing.

El artículo 6.3 del CC determina que son nulos de pleno derecho aquellos actos contrarios a normas imperativas y prohibitivas.

En el mismo sentido, el artículo 3 de la Ley sobre Represión de la Usura contiene la primera de las consecuencias en el caso de que efectivamente este contrato se declare nulo, disponiendo que el prestatario únicamente deberá devolver el capital inicial percibido, y en el supuesto de que ya hubiese satisfecho parte de los intereses, el prestamista tiene la obligación de devolverle la cantidad que exceda del saldo puesto a su disposición. Asimismo, en la STS 539/2009 de 14 de julio (RJ 2009/4467) se dispone que la “nulidad afecta a la totalidad del convenio con la única consecuencia [...] de que ha de retrotraerse la situación al momento inmediatamente anterior al préstamo, lo que determina que el prestatario haya de devolver la cantidad efectivamente recibida sin que para ello haya de tenerse en cuenta plazo alguno establecido para tal devolución, ya que su fijación queda comprendida en la ineficacia absoluta y total de lo convenido”.

Según esto, SEUDBANK, S.A. debería devolverle a TRANSLOGIC, S.A. los intereses percibidos desde el momento de la firma del contrato de arrendamiento financiero. Mientras que TRANSLOGIC, S.A. debería devolver el principal del préstamo a SEUDBANK, S.A., ya que se considerará que el contrato nunca ha existido, pero como el contrato ya ha sido ejecutado, esta obligación se tramita por esa vía.

5.4. Posible defensa de SEUDBANK, S.A.

Es importante recordar que nos encontramos ante un contrato de naturaleza mercantil, ya que ambas partes del contrato de arrendamiento financiero son sociedades anónimas, lo

que supone que la norma a aplicar es el Código de Comercio. Por ello, si acudimos a su artículo 315, nos encontramos con que no establece ningún límite a la hora de pactar el interés del préstamo, de hecho, establece que se puede pactar libremente.

Además, encontramos apoyo jurisprudencial, según el cual el interés de un préstamo es de libre pacto entre las partes, por lo que no cabe declarar nulo un contrato cuando es una parte del mismo que no tiene un límite establecido. Como fundamento de ello, nos encontramos con que de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 25ª) 211/2012 de 24 abril (JUR 2012/184815) podemos extraer que “la doctrina expuesta por las Sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 2 de octubre de 2001 y 26 de octubre de 2011, a los intereses moratorios, que suponen una indemnización por el retraso (mora) en el cumplimiento de una obligación de pago de una cantidad de dinero, con la finalidad de resarcir al acreedor de los daños y perjuicios que le origina, precisamente, la mora del deudor, no se les debe aplicar la Ley de Represión de la Usura, prevista para los intereses retributivos o remuneratorios que son los que constituyen la retribución o rendimiento por la disponibilidad del capital prestado, por cuanto los intereses de demora no tienen, en definitiva, la naturaleza jurídica de intereses reales, sino que se califican como de sanción o pena, lo que hace que no se consideren si exceden o no del interés normal del dinero, ni cabe configurarlos como leoninos, ni encuadrarlos en la Ley de 23 de julio de 1908”. La misma argumentación alega la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 25ª) 244/2014 de 17 junio (AC 2014/1574). A pesar de que en estas sentencias no se ha fallado a favor del perjudicado por dicha usura, siendo estos consumidores, cabe entender que en el caso de contratos mercantiles la protección es inferior en estos términos.

Cabe también traer a colación la STS de 12 marzo de 1991 (RJ 1991/2219), citada en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga (Sección 4ª) 185/1996, de 21 de marzo de 1996 (AC 1996/668) al establecer “[...] las Resoluciones de la DGRN de fechas 20 mayo 1987 y 23 y 26 octubre del mismo año (SIC) han fijado claramente los aspectos reseñados, indicando que tienen naturaleza y régimen distinto, pues mientras los remuneratorios nacen del propio contrato y vencen inexorablemente según vencen los plazos pactados, los moratorios no derivan directamente del contrato, sino de la conducta (incumplimiento por mora) ulterior de una de las partes, lo que convierte en un crédito eventual dependiente de un hecho futuro e incierto, de cuantía indeterminada dentro del límite previsto”.

Asimismo, a pesar de que no hay una posición unánime dentro del propio TS, parte de la jurisprudencia no considera los intereses moratorios sujetos a la protección de la Ley de Usura, siendo aplicable únicamente a los intereses remuneratorios que persiguen evitar la pérdida de valor por el transcurso del tiempo del importe prestado, así como la retribución por el capital prestado, y no a la sanción por el impago de las cuotas establecidas. Entre estas sentencias podemos hacer referencia a la STS 869/2001 de 2 octubre (RJ 2001/7141) donde se establece que “en cuanto a los intereses moratorios [...] no tienen la naturaleza jurídica de intereses reales, sino que se califican como de sanción o pena con el objeto de indemnizar los perjuicios causados por el retraso del deudor en el cumplimiento de sus obligaciones, lo que hace que no se considere si exceden o no del interés normal del dinero, ni cabe configurarlos como leoninos, ni encuadrarlos en la ley de 23 de julio de 1908”. En el mismo sentido, también nos encontramos la posterior STS 430/2009 de 4 junio (RJ 2009/4747), donde se dan los mismos argumentos en atención a la no aplicación de la Ley de Usura a los intereses moratorios.

Por eso, SEUDBANK SA puede alegar que los intereses del 2% mensual se refiere a los intereses moratorios, aquellos que la jurisprudencia alega que surgen como consecuencia de un incumplimiento de la obligación con el prestamista, lo que no supone motivo suficiente para que TRANSLOGIC, S.A. tenga reiterados impagos, ya que no le afectan ni lo más mínimo en el carácter esencial del contrato de arrendamiento financiero.

Conclusiones

En el presente supuesto se planteaba el caso de un cártel de camiones. Pues bien, respecto de este tema es importante reparar en que para su resolución ha sido necesario acudir tanto a la normativa estatal como a la comunitaria, debido a que los fabricantes implicados operan en el mercado europeo, y España es miembro de la UE.

Pues bien, tras el análisis del caso propuesto podemos afirmar que el comportamiento llevado a cabo por los fabricantes MAN España, Daimler España y FIAT Chrysler España es constitutivo de un cártel, ya que supone una conducta limitativa de la libre competencia que tiene como objetivo común “fijar los precios brutos de los camiones”. Es importante hacer un matiz, y es la existencia de una responsabilidad solidaria impropia que afectará a los integrantes del cártel.

Teniendo en cuenta lo anterior hemos tratado de responder a la cuestión de cuáles serían las posibles acciones que podría ejercer TRANSLOGIC, S.A. frente a esta conducta. A este respecto hemos enunciado cuatro posibilidades: el recurso colectivo; la demanda individual; la vía extrajudicial; y, por último, la cesión onerosa a un tercero de su derecho de reclamación. El análisis de estas vías nos ha permitido afirmar que la mejor opción es la demanda colectiva a través de una asociación o la demanda individual.

Por otra parte, no podemos afirmar que las acciones llevadas a cabo por los perjudicados, en este caso TRANSLOGIC, S.A., sean acciones de *follow on* (aquellas en las que los perjudicados ejercitan la acción de indemnización de daños y perjuicios sobre la existencia de una resolución administrativa previa que ha decidido sobre la existencia de la conducta ilícita), ya que en el caso real sabemos que existe una Decisión de la Comisión previa en la cual se contempla la existencia de una conducta colusoria por los integrantes del cártel, pero desconocemos en el caso práctico la existencia de una decisión similar. Por ello, en el supuesto de que ésta no exista, nos encontraríamos ante acciones *stand alone* (en las que son los perjudicados los encargados de probar la existencia de un comportamiento ilícito), a pesar de la dificultad que supone para una empresa como TRANSLOGIC, S.A. acreditar la existencia de un cártel de grandes dimensiones.

En otro orden de cosas, nos hemos encontrado con una contrariedad a la hora de determinar cuáles serán los tribunales competentes, ya que, como hemos dicho, desconocemos si existe o no una resolución administrativa previa en el supuesto objeto de análisis. Por ello, en el caso de tratarse de acciones *stand alone* correspondería a los juzgados de lo mercantil conocer de este asunto. Por el contrario, si fuesen acciones de *follow on*, serían los juzgados de primera instancia civiles los que deberían conocer de la materia, como bien se observa en el caso del cártel del azúcar. Además, TRANSLOGIC S.A. deberá plantear la demanda ante los tribunales españoles, toda vez que el domicilio social de los fabricantes se localiza en España y el efecto producido por la conducta colusoria se produce también en nuestro país.

Otro aspecto relevante en el supuesto a resolver es el papel que desempeñan los fabricantes Volvo e IVECO, ya que no forman parte del cártel constituido, pero de todas formas incrementan el precio de sus cabezas tractoras. Esto no impide que TRANSLOGIC, S.A. reclame a las empresas del cártel, concretamente MAN España, Daimler España y FIAT Chrysler España, la correspondiente indemnización debido al “efecto paraguas”, ya que los primeros fabricantes aprovecharon el incremento de los

precios de las empresas integrantes por el cártel para establecer unos precios superiores a los de partida. Este fenómeno es el que hemos denominado a lo largo del trabajo como el “*umbrella claims*”, orientado a las reclamaciones por los daños ocasionados por la existencia de este efecto paraguas.

Enlazado con lo anterior hemos abordado la distinción que cabe establecer entre los conceptos de “daño” y “responsabilidad”, ya que el daño difiere en función del fabricante, entre otros factores, pero la responsabilidad es la misma para todos ellos, por lo que deberán responder por el 100% debido a la solidaridad por la que se ven afectados.

Además de lo anterior, hemos dejado constancia de la inexistencia, en la redacción del caso propuesto, de un dato que debe conocerse a efectos de determinar si cabe o no aquí hablar de prescripción de la infracción. Esto es, desconocemos el momento en el que finaliza la infracción, lo que impide determinar si ha transcurrido o no el plazo de prescripción. Así, en el caso de que la comisión del ilícito hubiese finalizado antes de la entrada en vigor de la reforma de la LDC, se aplicará el art. 1968 C.c., existiendo un plazo de 1 año para ejercitar las acciones pertinentes por parte de los perjudicados, debido al carácter irretroactivo de la norma; mientras que si la conducta infractora no había finalizado, el plazo de prescripción se extenderá a 5 años (como en el resto de los países europeos).

Para abordar la cuarta pregunta en este trabajo, hemos analizado los distintos tipos penales que cabría considerar aplicables aquí. De dicho estudio se deriva que la principal discusión en este caso gira en torno a la diferencia que cabe establecer entre apropiación indebida y administración desleal. Pues bien, tras el pertinente estudio jurisprudencial de esta cuestión, debemos calificar como una apropiación indebida la conducta de D. Fernando, ya que implica una expropiación definitiva de un bien del patrimonio de la empresa. Además, a este respecto hemos tenido que analizar la posibilidad de aplicar la redacción anterior del CP o la redacción tras la reforma del 2015. En ese sentido, y teniendo en cuenta que el CP vigente es más desfavorable para el reo, se debe aplicar la redacción anterior a la reforma, debido al principio de irretroactividad de la norma penal.

Continuando con el examen penal de las conductas analizadas, hemos reparado en el artículo 290 del CP, en su modalidad agravada, referido al delito de falseamiento de cuentas, ya que en el supuesto se plantean actuaciones con las que se ha alterado la imagen real de la sociedad, produciéndose, además un perjuicio económico.

De acuerdo con lo anterior, hemos planteado la posibilidad de que en este caso pueda hablarse de concurso de delitos, sin que hayamos podido ofrecer una respuesta clara al respecto. Esto es así porque no hay un jurisprudencial y doctrinal uniforme al respecto. Por la misma razón, no podemos hablar de un plazo concreto de prescripción, ya que en función de si prima el delito de falsedad de las cuentas anuales recogido en el artículo 290, el plazo es de 5 años; sin embargo, si atendemos al delito de apropiación indebida, prescribirá a los 10 años.

Y finalmente, para concluir este trabajo, hemos tenido que responder a la última cuestión relativa a la presunta nulidad del contrato de leasing suscrito entre SEUDBANK, S.A. y TRANSLOGIC, S.A.. Hemos concluido que, aparentemente, el contrato de leasing puede calificarse de usurero debido a la concurrencia de dos aspectos: el primero de ellos es que el interés mensual moratorio pactado en el contrato de leasing es del 2% mensual (lo que

equivale a un 26,8242% anual); y el segundo, la situación de necesidad que tenía TRANSLOGIC, S.A en el momento en el que firmó el contrato de leasing con SEUDBANK, S.A.

A efectos de plantear dicha nulidad hay que determinar cuál es la jurisdicción competente, entendiendo que es la civil, siendo la competencia objetiva la de los juzgados especializados aprobados por la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial, siendo el competente el que radique en el lugar del domicilio social de SEUDBANK, S.A.

Las consecuencias que supondría el hecho de que se declarase nulo el contrato de arrendamiento entre TRANSLOGIC, S.A. y SEUDBANK, S.A., sería la devolución por parte de SEUDBANK, S.A. de los intereses pagados desde el momento en que se firmó el contrato de leasing. Por su parte, TRANSLOGIC, S.A. únicamente tendría que satisfacer el principal del préstamo, pero debemos recordar que el contrato ya ha sido ejecutado, lo que implica que esta obligación se tramita por esa vía.

Ante la demanda interpuesta por TRANSLOGIC, S.A. contra SEUDBANK, S.A. en los tribunales competentes, éste puede alegar que los intereses del 2% mensual son intereses moratorios, aquellos que surgen como consecuencia de un incumplimiento de la obligación de devolución del capital prestado, de manera que no dificulta que TRANSLOGIC, S.A. pueda cumplir con los pagos estipulados en el contrato.

Por ello, no podemos afirmar la nulidad o no del contrato por el tema del interés moratorio, ya que hay argumentos a favor y en contra. Pero suponemos la nulidad del mismo debido a la precaria situación que estaba afrontando en ese momento TRANSLOGIC, S.A., por lo que tuvo que aceptar las condiciones impuestas por SEUDBANK, S.A.

BIBLIOGRAFÍA

MANUALES

BAJO, M.; BACIGALUPO, S.: *Derecho penal económico*, Ed. Centro de estudios Ramón Areces, S.A. Colección Ceura, Madrid, 2001.

CARRASCO PERERA, A.: *Responsabilidad civil solidaria de los miembros de un cártel*, (BIB 2017/43639). *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm.1, 2018.

DÍEZ ESTELLA, F.; PÉREZ FERNÁNDEZ, P.: *La directiva de acciones de daños derivadas de ilícitos anticompetitivos, con especial referencia a los programas de clemencia: ¿la última gran revolución en el derecho de defensa de la competencia?* (BIB 2014/2564) en *Revista Aranzadi Unión Europea*, núm.7, 2014.

GARCÍA VICENTE, J.: *Responsabilidad solidaria y el levantamiento del velo en la jurisdicción social*, Ed. Bosch, Barcelona, 2003.

MARTÍNEZ-BUJAN PÉREZ, C.: *Derecho Penal Económico y de la Empresa*, Ed. Tirant lo Blanc (5ª ed.), Valencia, 2016.

ODRIOZOLA, M. (director); BARRANTES, B.; IRISSARRY, B. (coord.): *Derecho español de la competencia*, en *Comentarios a la Ley 15/2007, Real Decreto 261/2002*, Tomo II, Ed. Bosch, Barcelona, 2008.

SÁNCHEZ CALERO, F.; SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J.: *Instituciones de derecho mercantil*, Vol. I, Ed. Aranzadi (37ª ed.), Navarra, 1998.

SUDEROW, J.: *Acciones derivadas de ilícitos antitrust: el foro especial de la obligación extracontractual después de la sentencia CDC Hydrogen Peroxide*, “Cuadernos de derecho transnacional”, Vol. 8, Nº 2, 2016.

URIA, R.; MENÉNDEZ, A.; IGLESIAS PRADA, J.L.; SÁNCHEZ ANDRÉS, A.; VÉRGEZ, M.; PÉREZ DE LA CRUZ, A.; ROJO, A.; ALONSO SOTO, R.; ARROYO, I.; CORTÉS, L.J.; PAZ-ARES, C.; BELTRÁN E.; GARCÍA DE ENTERRÍA, J.; PEINADO, J.I.; APARICIO, M.L. (coord.): *Lecciones de Derecho Mercantil, Derecho de la competencia*, Ed. Civitas (11ª ed.), Navarra, 2013.

VILLAGÓMEZ RODIL, A.: *Competencia desleal*, Ed. Comares (2ª ed.), Granada, 2006

VIVES, A.; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.; GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (Coordinador): *Derecho penal. Parte especial*, Ed. Tirant lo Blanch (4ª ed.), Valencia, 2015.

PÁGINAS WEB:

Boletín Oficial del Estado:

Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia:

< <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2007-12946> >

Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil: <
<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2000-323>>

Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial:

<<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1985-12666>>

Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil:

< <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1889-4763> >

Ley 36/2014, de 26 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2015:

< <https://www.boe.es/boe/dias/2014/12/30/pdfs/BOE-A-2014-13612.pdf> >

Real Decreto de 22 de agosto de 1885 por el que se publica el Código de Comercio:

< <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1885-6627> >

Comisión Europea:

<http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/quantification_guide_es.pdf>

<http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/files_white_paper/whitepaper_es.pdf >

Consejo General del Poder Judicial:

<<http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=6885002&links=&optimize=20131119&publicinterface=true>>

El país:

<https://cincodias.elpais.com/cincodias/2018/02/20/legal/1519113927_806793.html>

EURLEX:

<<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32003R0001&from=ES> >

<<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32014L0104&from=ES>>

<<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:62011CJ0199&from=ES>>

Noticias Jurídicas

Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial:

< http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/lo6-1985.11t4.html#a86t >

Ley de 23 de julio de 1908, de la Usura:

< http://noticias.juridicas.com/base_datos/Privado/l230708.html >

JURISPRUDENCIA

Resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia 21 de noviembre de 2017 (Expediente S/DC/0562/15 CABLES BT/MT)

Resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia de 26 de mayo de 2016 (Expediente S/DC/0504/14 AIO)

Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia 16 de octubre de 1998 (Expediente MC 29/98, Glaxo)

Sentencia del TJUE (Gran Sala) de 6 de noviembre de 2012 (asunto grupos Otis NV, General Technic-Otis Sàrl, Kone Belgium NV, Kone Luxembourg Sàrl, Schindler NV, Schindler Sàrl, ThyssenKrupp Liften Ascenseurs NV y ThyssenKrupp Ascenseurs Luxembourg Sàrl, C-199/11) (TJCE 2012/321)

Sentencia del TJCE en los asuntos 56/64 y 58/64 *Grundig-Consten* contra *Comisión*, Rec. 1966, p. 299, y en el asunto 56/65 *Technique Minière* contra *Maschinenbau Ulm GmbH*, Rec. 1966, p. 235; así como la Sentencia del Tribunal de Primera Instancia en el asunto T-77/92 *Parker Pen Ltd.* contra *Comisión*, Rec. 1994, p. II-549 (asuntos acumulados)

Sentencias del TJCE, Pleno, de 20 de septiembre de 2001, C-295/04 a C-298/04 (asuntos acumulados).

Sentencia del TJUE (Sala Quinta) de 5 de junio de 2014 (asunto Kone AG y Otros contra Infrastruktur) (TJCE 2014/213)

Sentencia del TJUE (Sala Cuarta) de 21 de mayo de 2015 (asunto CDC Hydrogen Peroxide) (TJCE 2015/199)

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 12 marzo 1991 (RJ 1991/2219)

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) número 985/1994 de 8 noviembre (RJ 1994/8477).

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) número 224/1998 de 26 de febrero

(RJ 1998/1196) (caso Argentia Trust)

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) número 1121/1998 de 3 diciembre (RJ 1998/9703)

Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de julio de 2001 (RJ 2001/6123)

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) número 869/2001 de 2 octubre (RJ 2001/7141)

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) número 867/2002 de 29 de julio (RJ 2002/6357) (caso Banesto)

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección Única) número 223/2003 de 14 marzo (RJ 2003/3645)

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección Única) número 534/2003 de 5 junio (RJ 2003/4124)

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) número 55/2004 de 2 febrero (RJ 2004/446)

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, sección 2ª) número 915/2005, de 11 de julio.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, sección 2ª) número 841/2006, de 17 julio.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) número 816/2006 de 26 julio (RJ 2006/7317)

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, sección 2ª) número 565/2007, de 4 junio.

Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de octubre de 2007 (RJ 2007/8257).

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) número 413/2009 de 11 marzo (RJ 2009/4822).

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, sección 1ª) número 462/2009, de 12 mayo (RJ 2009/4863).

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) número 430/2009 de 4 junio (RJ 2009/4747)

Sentencia del Tribunal Supremo número 460/2009 de 30 junio (RJ 2009/5563)

Sentencia del Tribunal Supremo. (Sala de lo Penal, Sección 1ª) número 655/2010 de 13 julio (RJ 2010/7340).

Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de noviembre de 2010 (RJ 2011/1547).

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) número 696/2012 de 26 de septiembre (RJ 2012/9453)

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª) de 6 noviembre de 2013 (RJ 2013/7771)

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) número 651/2013 de 7 noviembre (RJ 2014/487) (Cártel del Azúcar)

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social, Sección 1ª) de 3 junio 2014 (RJ 2014/4220)

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) número 476/2015 de 13 julio (RJ 2015/3592)

Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) número 719/2015 de 10 noviembre (RJ 2016/96)

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) número 822/2015 de 14 diciembre (RJ 2015/5820).

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) número 228/2016 de 17 marzo (RJ 2016/1096).

Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) número 435/2016 de 20 mayo (RJ 2016/2660)

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) número 884/2016 de 24 noviembre (RJ 2016/5633).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Islas Baleares (Sección 3ª) número 62/1999 de 25 enero (AC 1999/183).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Islas Baleares (Sección 3ª) número 63/1999 de 25 enero (AC 1999/184).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya (Sección 4ª) número 166/2012 de 8 marzo (JUR 2014/152333).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 25ª) número 211/2012 de 24 abril (JUR 2012/184815).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 25ª) número 244/2014 de 17 de junio (AC 2014/1574).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Ourense (sección 1ª) número 415/2014 de 10 octubre (JUR 2014/278133).

Sentencia del Juzgado de lo Mercantil Bilbao (Provincia de Vizcaya) número 217/2016 de 15 julio (JUR 2016/231307).